3 1761 06738922 1

Digitized by the Internet Archive
in 2010 with funding from
University of Toronto

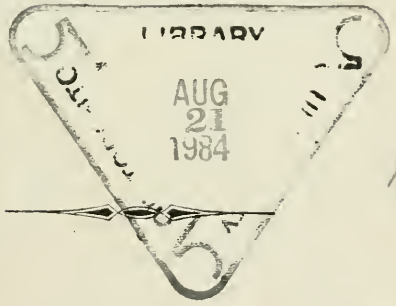
http://www.archive.org/details/diecautiodamniin00burc

Die

cautio damni infecti.

Von

Dr. Hugo Burckhard,
o. Professor der Rechte an der Universität Kiel.



K
B948u
C38
1875

Erlangen,
Verlag von Palm & Enke.
(Adolph Enke.)
1875.

Gedruckt bei U. E. Sebald in Nürnberg.

Inhaltsverzeichniß.

Die cautio damni infecti.

Lib. XXXIX. Tit. 2 de damno inf. et de suggr. et proiectionibus.

§. 1676.

I. Princip und Fälle der c. d. infecti im Allgemeinen.

1) Schaden durch leblose Sachen ohne vorherige c. d. infecti. Verschiedenheit der beiden Fälle: Schaden durch eine lebende und durch eine leblose Sache (actio noxalis — Retentionsrecht; Freiwerden von der Ersatzpflicht durch Preisgeben des Eigenthums). Ursprünglicher Rechtszustand (Gesichtspunct der Strafe für den Verletzenden, der Rache und persönlichen Genugthuung für den Verletzten: daher auch Ahndung der durch vernunftlose und leblose Dinge herbeigeführten Verletzung). Späteres Recht (Gesichtspunct der vermögensrechtlichen Genugthuung — Haftung nur im Fall des Verschuldens: Sclave, animal contra naturam sui generis nocens; Ausnahme bei Schaden durch leblose Sachen). S. 1—8.

2) Retentionsanspruch wegen Schadens durch leblose Sachen — Klage auf tollere der rudera von aedes ruinosae: Freiwerden von dieser Klage nur durch totas aedes derelinquere, weil die aedes das schadende Ob-

ject sind, die Voraussetzung hierfür ist nicht Mangel einer negligentia des Verletzten — Ausnahmsweiser Anspruch auf Ersatz des damnum praeteritum, wenn der Verletzte propter aliquod impedimentum sibi non prospexit. (l. 6. 7. §. 1. 2. — l. 9. pr., l. 9. §. 1 —3. h. t.). S. 9—31.

3) Das prätorische Edict über damnum infectum. I. Hauptfall der c. d. infecti: Einsturz eines Gebäudes. Gedanke der Caution in diesem Fall. — Analogie der Noxalklagen: defendere oder carere; Verschiedenheit der actiones noxales und der c. d. infecti in Bezug auf Uebernahme wie Verweigerung der defensio. S. 31—42.

4) Sonstige Fälle der c. d. infecti wegen anderer lebloser Sachen. II. Zweiter Hauptfall: Schaden durch die Thätigkeit eines Menschen 1) Facere in alieno a) in privato. Form der Geltendmachung des Cautionsanspruchs; Berechtigung zum facere in alieno kraft dinglichen oder kraft persönlichen Rechts. b) in publico. 2) Facere in suo (facere in suo mit Immission: actio negatoria; ohne Immission formell erlaubt: c. d. infecti, nicht, wenn blos factischer Vortheil entzogen l. 24. §. ult. — l. 26. h. t) a) Facere mit Veränderung des bisherigen Zustands des Grundstücks. b) Facere als fortgesetzte Benutzung einer vorhandenen Anlage ohne Aenderung des Zustands des Grundstücks. — Beschränkung des Rechts auf Cautionsleistung wegen facere in suo. S. 42—63.

§. 1677.

II. Geschichtliche Entwicklung der c. d. infecti.

5) Verschiedenes Alter der Caution wegen Schadens durch lebloſe Sachen und durch facere. Beweis für das höhere Alter der letzteren aus Lex Rubria, l. 9. §. 1. h. t., Plinius — Erklärung scheinbar entgegenstehender Stellen. S. 63—70.

6) Schutz gegen die durch aedes ruinosae drohende Gefahr vor Erlaß des Edicts des praetor urbanus über damnum infectum. Bedürfniß eines solchen Schutzes. — — Verschiedene Ansichten über den ältern Rechtszustand (Gai. IV. 31.). Widerlegung der Meinung, daß die von Gajus erwähnte legis actio propter damnum infectum die legis actio per pignoris capionem gewesen sei. Die Bestimmung des ältern Rechts war eine von der des prätorischen Edicts materiell verschiedene und es bestand nicht die Verpflichtung zur Leistung der c. d. infecti; l. 5. D. 43. 8. S. 71—87.

7) Im ältern Recht besteht die Verpflichtung zur Reparatur des baufälligen Gebäudes, aber sie ist nicht durch Klage erzwingbar: der Bedrohte kann nur die Reparatur selbst vornehmen auf Kosten des Verpflichteten; auf Ersatz der Reparaturkosten geht die legis actio, von welcher der Beklagte sich durch Dereliction des Eigenthums befreien kann. S. 87—99.

8) Sitte der freiwilligen Cautionsleistung wegen der angeblich drohenden Gefahr, wodurch die Verpflichtung zu repariren bezüglich den Bedrohten zur Vornahme der Reparatur zuzulassen abgewendet wird. An diese Sitte knüpft der Prätor an: an Stelle der Reparaturpflicht tritt die Cautionspflicht mit der Alternative durch Dereliction frei zu werden. — Ursprung dieser Neuerung im Edict des praetor peregrinus. Lex Rubria. S. 99—111.

§. 1678.

III. **Voraussetzungen für den Anspruch auf c. d. infecti.**

1. Objective Voraussetzungen.

9) Allgemeines Princip. Der Bedrohte muß selbst thätig werden, Nichtfordern der Caution ist Mangel an diligentia. — Conventionalcaution. Paries communis. — Caution bei richterlicher Verurtheilung. S. 111—126.

10) Voraussetzungen, unter welchen ein rechtlicher Anspruch auf c. d. infecti begründet ist. (Zusammenhang zwischen der Frage, wann die Caution gefordert werden kann und wann aus der geleisteten Caution ein Ersatzanspruch zusteht.) Damnum futurum vitio aedium loci operis.

I. Damnum futurum. 1. Künftiger Schaden: regelmäßig nicht nothwendig, daß der Schaden wirklich droht. 2. Wirklicher Vermögensschaden, nicht Entziehen eines factischen Vortheils. 3. Art des Schadens. 4. Ein Grundstück muß activ und passiv der Leiter des Schadens sein. S. 126—135.

11) II. Vitio aedium loci operis. Begriff von vitium. Zweitheilung: vitium aedium et operis.

A. Vitium aedium. Damnum quod iniuria fit im Gegensatz zu dem, cui occurri non potest (l. 24. §. 3—5. 8—11.); accidens extrinsecus im Gegensatz zum vitium naturale (l. 24. §. 2.); vitium aedium et loci (nicht zwei Fälle, sondern Fehlerhaftigkeit des Gebäudes, welche ihren Grund entweder im Boden oder in der Superficies hat). S. 135—146.

12) B. Vitium loci. Keine Caution wegen vitium loci allein. l. 10. 20. 18. §. 4. h. t. (vitium aedium et loci), l. 15. §. 3. 10. l. 24. pr. h. t. (vitium operis et loci), l. 38. §. 1. l. 9. §. 2. h. t. S. 146—162.

13) C. Vitium operis. Begriff von opus (1. Facere als solches. a) auf Herstellung einer Anlage gerichtet. b) nicht darauf gerichtet. 2. Resultat des facere unter 1. a, Anlage).

1. Facere in alieno privato. Nach Vornahme der Handlung keine Hilfe mehr. Zwang zur Cautionsleistung durch Untersagung der Ausübung des Rechts zum facere. Form der Geltendmachung des Rechts auf Caution. Beklagter nur der Thäter. S. 162—168.

14) 2. Facere in publico. a) Verlangen der Caution gegenüber dem facere als solchem. Beklagter nur der Thäter, Zwang nur durch Verhinderung des facere. Anspruch auf Caution nur da, wo das Verhalten des Gegners formell berechtigt ist; Interdicte zum Schutz des usus publicus abhängig von Leistung der Caution. b) Verlangen der Caution gegenüber dem opus iam factum (l. un. §. 5. D. 43. 15.). Beklagter qui factum habet, Zwang durch missio in possessionem. S. 168—182.

15) 3. Facere in suo.

a. Allgemeine Grundsätze. Cautionspflichtig: bei facere — bei opus iam factum; Zwang: bei facere — bei opus iam factum. S. 182—193.

16) b. Voraussetzungen, unter denen bei facere in suo die Caution verlangt werden kann (Lehre vom Nachbarrecht). Nicht da, wo actio negatoria begründet ist. Wann ist die actio negatoria zwischen Grundstücksnachbarn begründet? Ihering.

α. Anwendungsgebiet der actio negatoria. Fälle der Immission. Begriff von immittere. Unterschied zwischen unmittelbarem und mittelbarem immittere. 1) bei unmittelbarer Immission die nackte Eigenthumsconsequenz streng durchgeführt, einerlei ob die Immission schädlich und lästig ist oder nicht; actio negatoria auch vor wirklicher Grenzüberschreitung; hier ist für die c. d. infecti kein Platz. 2) bei mittelbarer Immission act. neg. nicht vor wirklicher Immission, hier aber c. d. infecti und daneben dann noch act. neg.; auch nach Immission nicht immer act. neg. — Welche mittelbaren Immissionen muß der Nachbar dulden? Quellenstellen. Verschiedene Ansichten über das aus diesen Stellen zu entnehmende Princip. Mittelbare Immissionen müssen geduldet werden, wenn sie entweder gar nicht schädlich und lästig sind und

dann auch in dem Fall, wo sie Folge außergewöhnlicher Vorrichtungen sind, oder wenn sie zwar schädlich und lästig, aber durch die gewöhnliche allgemein nothwendige und unentbehrliche Benutzung des Grundstücks, woraus sich zugleich das nothwendige Maß der Einwirkung ergiebt, geboten sind: die act. neg. ist nur da begründet, wo durch außergewöhnliche Benutzung in schädlicher oder lästiger Weise eingewirkt wird. S. 193—231.

17) β. Anwendungsgebiet der c. d. infecti. Fälle, wo ohne Immission eingewirkt wird und die act. neg. ausgeschlossen ist. Das facere in suo ohne Immission ist formell erlaubt, unter Umständen aber doch nur gegen c. d. infecti, nämlich dann, wenn durch die Handlung oder Anlage in schädlicher (nicht blos lästiger) Weise auf die Substanz des Nachbargrundstücks eingewirkt wird. S. 231 237.

18) γ. Die c. d. infecti in ihrer Anwendung neben der act. neg. als Vorläuferin und Ergänzung derselben. Die actio neg. geht nicht auf Schadensersatz: wegen des befürchteten Schadens kann c. d. infecti verlangt werden. l. 17. §. 2. D. 8. 5. l. 28. 29. D. 8. 2. S. 237—250.

19) III. Mangel einer andern Hilfe, Subsidiarität der c. d. infecti. Die Caution ist unzulässig 1) da, wo der Bedrohte es selbst in der Hand hat den Eintritt des Schadens zu verhüten und wo er einen Anspruch auf oder eine Verpflichtung zur Beseitigung der Ursache des drohenden Schadens hat, 2) da, wo eine Klage auf Ersatz des eingetretenen Schadens gegeben ist, vorausgesetzt, daß das Zustehen dieser Klage jetzt schon feststeht und daß diese Klage nicht mehr Voraussetzungen hat als die actio ex stipulatu damni infecti. a) Ersatzklage gegen denjenigen, der sonst cautionspflichtig wäre. b) Ersatzklage gegen einen

Dritten. — Wegen der bloßen Möglichkeit einer andern Ersatzklage, die außer dem Eintritt des Schadens noch andere Voraussetzungen hat, ist die c. d. infecti nicht ausgeschlossen. — Die gegen die Subsidiarität der Caution angeführten Stellen. — Nur die Cautionsforderung ist subsidiär, nicht die actio ex stipulatu. S. 250—269.

§. 1678 a.

2. Subjective Voraussetzungen.

a. Cautionsberechtigte Personen.

20) L. 7. pr. l. 13. §. 3. h. t. Bedeutung des iuramentum calumniae. — Die Caution ist ein ursprünglich nur für den Eigenthümer bestimmtes Rechtsmittel, erst in allmählicher Entwicklung kommt der Satz zum Durchbruch, daß jeder durch den Schaden Bedrohte das Recht zur Caution hat. — Der Eigenthümer des Grundstücks, der Eigenthümer der auf dem Grundstück befindlichen Mobilien. — Die Ausdehnung des Rechts der Caution auf Andere (Usufructuar und Superficiar — auch Emphyteuta und Inhaber von Prädialservituten?) erscheint zunächst als Uebertragung eines Rechtsmittels des Eigenthümers. — Verdrängung des alten Princips durch Ausdehnung des Rechts auch auf die quorum periculo res est (l. 18. pr. h. t.). Bedeutung dieses Ausdrucks. Zwei Kategorieen: der Gläubiger, der keine Entschädigung verlangen kann (l. 18. §. 9. l. 38. pr. h. t.), der Schuldner, der infolge der Uebernahme des casus nicht liberirt wird (l. 21. h. t.), — nicht jeder für culpa Haftende ist wegen Nichtforderns der Caution ersatzpflichtig und deshalb cautionsberechtigt. — Der malae fidei possessor? — Berechtigung des Inhabers eines ius sepulcri, des filiusfamilias hinsichtlich der res peculiares, des Pachters wegen der fructus pendentes, des Retentionsberechtigten. S. 270—300.

21) Mehrheit von Cautionsberechtigten. Miteigenthümer. Personen mit verschiedenem Recht (Usufructuar und Superficiar — Eigenthümer und Pfandgläubiger). — Mehrheit von Cautionsberechtigten in dem Fall, wo der Eine deshalb berechtigt ist, weil res eius periculo est. S. 300—306.

22) Berechtigung des bonae fidei possessor. Die Gründe für die Annahme einer Berechtigung desselben sind nicht stichhaltig. l. 11. l. 13. §. 9. h. t. Nach neuerem Recht muß ihm aber doch der Anspruch auf Caution zugestanden werden. — Verhältniß zwischen Eigenthümer und bonae fidei possessor, wenn beide die Caution fordern. S. 306—319.

23) Fälle, wo ein an sich Cautionsberechtigter ausnahmsweise nicht zur Stipulation zugelassen wird. l. 13. §. 7. l. 13. §. 11. h. t. S. 320—322.

§. 1678 b.

b. Cautionspflichtige Personen.

24) I. Verschiedenheit zwischen dem Fall der Caution wegen vitium operis und vitium aedium. 1) Vitium operis (facere). Nur der Thäter ist pflichtig, einerlei ob er in suo oder in alieno handelt. Der Fall, wo wegen des vom opus iam factum drohenden Schadens die Caution gefordert wird, steht dem Fall des vitium aedium gleich. 2) Vitium aedium. Pflichtig ist zunächst der Eigenthümer, auch wenn iura in re bestehen; als Eigenthümer auch der missus ex secundo decreto. — Der missus ex primo decreto? — Dem Eigenthümer gleichstehend der bonae fidei possessor. — Cautionspflicht im Fall eines schwebenden Eigenthumsprocesses, l. 39. §. 1. h. t. — Cautionspflicht der Inhaber von iura in re? S. 322—344.

25) II. Mehrere Cautionspflichtige, von denen der Eine Eigenthum, der Andere ein ius in re hat.

A. Verhältniß gegenüber dem Cautionsberechtigten. Die Caution kann nur einmal verlangt werden; wer cavirt, muß in totum caviren, einerlei worin der Grund der Gefahr liegt; wird von Keinem cavirt, erfolgt missio. Müssen Beide belangt sein, damit es zur missio kommt? Hat der Bedrohte die Wahl, welchen er belangen will, so daß stets das Nichtcaviren des Belangten die missio zur Folge hat?

1. Cautionspflichtig im wahren Sinn ist nur derjenige, dessen Belangung einerseits nothwendig, andrerseits genügend ist, um im Fall des Nichtcavirens die missio herbeizuführen: cautionspflichtig in diesem Sinn ist nur der Eigenthümer, nicht der Inhaber eines ius in re (Analogie der Noxalklagen). — Nachtheil für die Inhaber von iura in re im Fall des Nichtcavirens; Unterschied zwischen erstem und zweitem Decret (denegatio der persecutio iuris). Voraussetzungen, unter welchen dieser Nachtheil für die Inhaber von iura in re eintritt: Klage gegen sie ist nicht nöthig, sie müssen sich freiwillig zur Cautionsleistung erbieten. Recht des bona fide absens nachträglich die defensio zu übernehmen. S. 344—367.

26) 2. Giebt es eine Cautionspflicht der Inhaber von iura in re in dem Sinn, daß zwar bei ihrer Weigerung zu caviren nicht die missio mit schließlichem Erwerb des Eigenthums für den Cautionsberechtigten verfügt wird, aber so, daß das ius in re auf diesen übergeht?

a. Als Regel nicht. Beweis: die dinglich Berechtigten caviren alieno nomine; die missio ist nicht allgemein Uebertragung des Rechts des Cautionspflichtigen, sondern hat immer die Wirkung, daß schließlich Eigenthum für den missus begründet wird. Weitere Gründe dagegen. S. 367—383.

27) b. Ausnahme beim Emphyteuta (l. 15. §. 26. 27. h. t.). Erklärung und Rechtfertigung dieser Ausnahmebestimmung. Der Superficiar steht dem Emphyteuta hierin nicht gleich. S. 383—398.

28) B. Verhältniß zwischen Eigenthümer und Inhaber des ius in re, wenn einer von ihnen cavirt hat.

1. Im Fall des vitium aedium. Wer hat das zur Erhaltung beider Rechte nothwendige Opfer der Cautionsleistung zu bringen? Der hierzu Verpflichtete muß dem Andern, der ohne dazu verpflichtet zu sein cavirt hat, die übernommene Pflicht abnehmen; ist Keiner von Beiden dem Andern dazu verpflichtet, so muß dem Caventen theilweis die Pflicht abgenommen werden. — Die Verpflichtung zur Leistung der Caution bestimmt sich durch die Verpflichtung zur Beseitigung des schadendrohenden Zustands: an Stelle der Reparaturpflicht tritt, wenn durch Nichtvornahme derselben die Forderung der Caution nicht verhütet worden ist, die Cautionspflicht. — In welcher Weise wird dieser Anspruch des Caventen auf vollen oder theilweisen Ersatz geltend gemacht? In vielen Fällen ist der Zwang nur ein indirecter: der Nichtcavirende steht dem Ersatz fordernden Caventen gegenüber vor derselben Alternative wie dem Bedrohten gegenüber, er muß entweder Ersatz leisten oder sein Recht zu Gunsten des Caventen preisgeben. Hingegen da, wo gegen den Nichtcavirenden eine Klage auf Reparatur und folglich wegen Unterlassung derselben eine Klage auf Ersatz zusteht, kann er sich dieser Verpflichtung und dieser Klage nicht durch Preisgeben seines Rechts entziehen, außer da, wo in dem ihn verpflichtenden Verhältniß die Möglichkeit einer solchen Alternative gegeben ist. Da wo für Keinen von Beiden die Verpflichtung zur Reparatur und folglich zur Caution besteht, ist der

Zwang immer blos ein indirecter: der Cavent tritt an die Stelle des missus. S. 389—407.

29) Bestätigung dieser Grundsätze durch die Quellen. a. Verhältniß zwischen Eigenthümer und Usufructuar (nur hiervon sprechen die Quellen). Ansichten Andrer. 1) Entscheidend sind die hinsichtlich der Reparaturpflicht in diesem Verhältniß geltenden Grundsätze: verschieden, je nachdem der die Cautionsforderung veranlassende Zustand durch gewöhnliche oder außerordentliche Reparaturen zu beseitigen ist (l. 9. §. 5. l. 10. l. 22. pr. l. 10. in f. h. t. l. 20. eod.). 2) In welcher Weise kann der Ersatzanspruch geltend gemacht werden? 3) Höhe des zu leistenden Beitrags im Fall der Collationspflicht. S. 407—445.

30) b. Verhältniß zwischen Eigenthümer und Pfandgläubiger. 1) Der Eigenthümer ist der verpfändende Schuldner selbst. Hier liegt die Last immer auf dem Eigenthümer. Der Klage des cavirenden Pfandgläubigers auf Ersatz kann der Eigenthümer nicht durch Preisgeben seines Rechts entgehen. 2) Der Eigenthümer ist zur Zeit der Cautionsforderung ein Andrer als der Verpfänder. Hier hat der cavirende Pfandgläubiger wegen seines Ersatzanspruchs nur ein Retentionsrecht, der Eigenthümer wird frei durch Preisgeben seines Rechts. In welchem Umfang steht hier dem Pfandgläubiger ein Ersatzanspruch zu? Bisweilen hat er gar keinen Ersatzanspruch, bisweilen vollen, bisweilen theilweisen; Beurtheilung nach dem gegenwärtigen Standpunkt, vorbehaltlich späterer definitiver Regelung. S. 445—455.

31) c. Verhältniß zwischen Eigenthümer und Superficiar und Emphyteuta. 1) Superficiar. Der Cavent hat Anspruch auf verhältnißmäßiges con-

ferre, geltend zu machen durch indirecten Zwang. 2) Emphyteuta. Hier kein conferre, die Last ruht allein auf dem Emphyteuta. S. 455—459.

32) 2. Im Fall des vitium operis. 1) Die Caution ist gefordert wegen facere, welches zu einem opus perfectum noch nicht geführt hat: hier ruht die Last allein auf dem Thäter. 2) Die Caution ist gefordert post opus perfectum: beruht die Ursache des schadendrohenden Zustands in der fehlerhaften Errichtung, so ruht die Last auf dem Thäter; beruht sie nicht darauf, dann gelten die obigen Grundsätze unter 1. S. 459—461.

33) III. Form der Cautionsleistung. Verschieden nach dem Grund der Forderung der Caution und der Person des Caventen. Suo und alieno nomine cavere. 1) Fall des vitium aedium. Suo nomine caviren der Eigenthümer, bonae fidei possessor, Emphyteuta. Alle Andern caviren alieno nomine. Grund, weshalb dort repromissio, hier satisdatio. — Satisdare sub exceptione. — Nicht Forderung der repromissio von Einem und der satisdatio von einem Andern (l. 22. §. 1. h. t.). — Im Fall des Eigenthumsprocesses kein Wahlrecht. — Erklärung davon, daß der b. f. possessor nur repromittirt, obgleich bei Bestreitung des Eigenthums satisdatio sub exceptione geleistet werden muß. 2) Fall des vitium operis (facere). Stets repromissio, weil der Thäter stets suo nomine cavirt. Ausnahme bei facere in publico. S. 461—479.

§. 1679.

IV. Forderung der Caution und aus der Caution.

1. Forderung der Caution.

34) Nicht immer angriffsweiser Antrag vor Gericht erforderlich (bei Caution wegen facere: Untersagung der Hand-

lung, operis novi nuntiatio, prohibitio.). — Competente Behörde. — Anwesenheit des Beklagten herbeigeführt durch denuntiatio ex auctoritate.

1. Beklagter ist in iure erschienen. Verfahren. Iuramentum calumniae. Cautionsdecret. Stipulationsformular: Gegenstand des Versprechens, Frist für die Dauer der Wirksamkeit der Stipulation, die in der Stipulation genannten Personen (l. 24. §. 1. h. t.). S. 480—502.

35) 2. Beklagter ist nicht in iure erschienen. a) Beklagter ist am Gerichtsort anwesend, erscheint aber trotz gehöriger Ladung nicht: hier wird ohne Aussprechen des Cautionsbefehls missio in poss. verfügt. b) Beklagter ist vom Gerichtsort abwesend: nach erfolgter denuntiatio ex auctoritate (ad praedium denuntiare) erfolgt Mission ohne vorausgehenden Cautionsbefehl. c) Non defendere, weil ein Eigenthümer zur Zeit nicht existirt (hereditas iacens) oder der Eigenthümer handlungsunfähig ist (Pupill ohne Vormund): es erfolgt Mission ohne vorgängiges Cautionsdecret, denuntiatio ist nicht nöthig. — Die Folge des non defendere im Fall der Caution wegen vitium operis (facere) ist die gewöhnliche missio in bona. S. 502—509.

36) 3. Der Bedrohte kennt die Rechtsverhältnisse am schadendrohenden Grundstück nicht. 1) Ist Niemand im Besitz, dann wird nach erfolgter Denuntiation missio in poss. ertheilt. 2) Ist ein Besitzer da, so hält sich der Bedrohte an diesen. Will derselbe nicht caviren, so wird die Erklärung über sein Verhältniß zum Grundstück durch interrogatio in iure erzwungen. a) Der belangte Besitzer ist Eigenthümer: gesteht er dies zu, dann erfolgt das gewöhnliche Cautionsdecret; leugnet er ohne zu caviren, so verliert er sein Eigenthum (l. 10. D. 11. 1.) b) Der belangte Besitzer ist nicht Eigenthümer: erklärt er dies, ohne für den wahren Eigenthümer zu caviren, dann ist kein Cau-

tionsdecret und keine missio möglich; giebt er sich fälschlich für den Eigenthümer aus, so erfolgt Cautionsbefehl und eventuell missio, diese ist auch dem Eigenthümer gegenüber wirksam, außer wenn er bona fide absens ist. c) Antwortet der belangte Besitzer gar nicht oder unbestimmt, so tritt dieselbe Folge ein, wie wenn er fälschlich das Eigenthum leugnet. S. 509—515.

§. 1679 a.

2. Forderung aus der Caution. Actio ex stipulatu.

37) Durch Leistung der Caution entsteht eine bedingte Obligation. Der Cavent wird nicht mehr frei durch Preisgeben seines Rechts. Die actio ex stipulatu kann mehrmals angestellt werden. 1) Voraussetzungen der Klage. a) Eintritt des Schadens, für den Ersatz versprochen ist, Causalnexus zwischen dem Schaden und dem vitium aedium bezüglich operis. Klage auch wegen des Schadens vor wirklichem Eintritt des befürchteten Ereignisses. b) Der Schaden muß gerade dem Grundstück zugefügt sein, wegen dessen cavirt ist. c) Eintritt des Schadens innerhalb der gesetzten Frist. d) Der Stipulant muß zu den cautionsberechtigten Personen gehören. 2) Gegenstand der Klage. Quanti res est, volles Interesse. Modification in Bezug auf Luxusgegenstände. 3) Die Parteien. Erben, Miteigenthümer, mehrere aus verschiedenem Recht Berechtigte. S. 515—525.

§. 1680.

V. Folgen des Nichtleistens der Caution.

38) I. Unterschied zwischen der Caution wegen vitium operis und wegen vitium aedium.
1. Vitium operis (facere). Die missio ist hier unzulässig. a) Bei facere in alieno besteht der

Zwang darin, daß der Nichtcavirende als zum facere nicht berechtigt behandelt wird. b) Bei facere in suo: Hinderung durch operis novi nuntiatio und prohibitio, wo die Voraussetzungen dieser Rechtsmittel vorliegen, sonst wird das Hinderungsrecht erst vom Prätor geschaffen durch Ertheilung des Cautionsdecrets in Form eines prohibitorischen Interdicts. S. 525—531.

39) 2. Vitium aedium. Missio in possessionem. Anschluß an das Verfahren des Civilrechts. Die erste Besitzeinweisung ist nur Vorstufe und Einleitung der zweiten. Idee der Noxalklagen in modificirter Weise verwandt, cavere aut carere. S. 532—535.

40) II. Die missiones in possessionem.

1. Grundsätze derselben im Allgemeinen. Ohne venire in possessionem treten die Wirkungen der missio nicht ein. Alleinige Voraussetzung der missio: Nichtcaviren, einerlei aus welchem Grund. — Personen. — Object. S. 536—541.

41) 2. Die missio ex primo decreto. 1) Sie ist nicht blos Zwangsmittel, sondern ist vice cautionis. a) Voraussetzung: formell einfaches Postuliren, materiell Nichtcaviren. b) Wirkung: Detention mit custodia und observantia, Recht zur Reparatur, wegen der Reparaturkosten Retentionsrecht und actio in factum; Einfluß auf die iura in re; pignus praetorium. 2) Aufhebung der missio ex primo decreto a) durch nachträgliche Leistung der Caution eventuell mit Ersatz des nach der Mission eingetretenen Schadens und etwaiger Impensen. b) infolge des Verhaltens des missus. S. 541—551.

42) 3. Die missio ex secundo decreto. 1) Voraussetzung: Anwesenheit und Ladung des Gegners nicht erforderlich; iusta causa. 2) Wirkung: ausschließlicher juristischer Besitz; bonae fidei possessio oder Eigenthum?; Einfluß auf die iura in re.

3) Aufhebung nur durch in integrum restitutio. S. 551—563.

43) 4. Mehrheit von Cautionsberechtigten. 1) Missio ex primo decr.: gleichzeitige Miſſion Mehrerer — ſucceſſives Auftreten. 2) Missio ex secundo decr.: gleichzeitiges Auftreten — ſucceſſives Auftreten. S. 563—571.

44) 5. Schutzmittel des missus. Nicht extraordinaria exsecutio. Actio in factum und interdictum ne vis fiat ei qui in possessionem missus est.

a. Interdictum ne vis fiat. Prohibitoriſch. Parteien. Zweck. Falſch, daß es intra annum verjähre und nicht gegen die Erben gehe (l. 1. §. 8. D. 43. 4.). S. 571—584.

45) b. Actio in factum. Gegenſtand und Character der Klage (actio fictitia). Vorausſetzung: Eintritt des Schadens und neque cavere neque in possessione esse neque possidere pati. Unterſchied dieſer Klage von der actio in factum in den übrigen Fällen der missio in possessionem. Abweichung von der actio ex stipulatu (Freiwerden durch Dereliction vor Eintritt des Schadens). Die Klage geht gegen jeden Hinderuden, nicht blos gegen den Cautionspflichtigen. Gedanke, auf dem dieſe Klage beruht. S. 584—594.

§. 1681.

VI. **Ausnahmsweiſe Hilfe in Fällen, wo die Maßregeln zur Sicherſtellung gegen drohenden Schaden verſäumt oder nicht vollſtändig durchgeführt ſind.**

46) 1. Eintritt des Schadens nach Ertheilung des Miſſionsdecrets, aber vor dem venire in possessionem. Venire in possessionem ruinae oder actio in factum nach Ermeſſen des Prätors (l. 4. §. 4. D. 43. 4.). S. 594—603.

47) 2. Eintritt des Schadens nach Ertheilung des Cautionsdecrets, aber vor Ertheilung des Missionsdecrets. l. 4. §. 3. D. 43. 4. Widerlegung der Ansicht, daß nur durch actio in factum geholfen werde und die Ertheilung des Missionsdecrets nicht mehr möglich sei (innere Gründe; l. 15. §. 34. h. t.). S. 603—620.
48) 3. Eintritt des Schadens nach Stellung des Cautionsantrags, aber vor Ertheilung des Cautionsdecrets. Cautio de damno praeterito oder statt dessen nach Ermessen des Prätors actio in factum, im ersteren Fall Zwang durch missio in possessionem. l. 15. §. 28. h. t. S. 620—626.
49) 4. Eintritt des Schadens vor dem Cautionsantrag. l. 9. pr. h. t. Cautio de damno praeterito mit missio in possessionem; keine actio in factum. S. 626—628.
50) Diese Grundsätze finden keine Anwendung bei Schaden vitio operis (facere). S. 629—630.

§. 1682.

VII. Heutige Geltung des Instituts der c. d. infecti.

51) 1. Das Institut der Caution als solches. S. 630—640.
52) 2. Die Folgen des Nichtleistens der Caution. S. 641—661.
53) 3. Giltigkeit einzelner Puncte, insbesondere ob die Caution unzulässig ist, si opus in publico publice fit. S. 661—666.

Lib. XXXIX. Tit. II.

De damno infecto et de suggrundis et proiectionibus [1]).

Gai. IV. 31. Lex Rubria c. 20.

§. 1676.

I. Princip und Fälle der cautio damni infecti im Allgemeinen.

1. Hoc edictum prospicit damno nondum facto — de damno vero facto nihil edicto cavetur (l. 7. §. 1. h. t. Ulpian. lib. LIII ad edict.).

Als Grund dafür, daß das in l. 7. pr. referirte prätorische Edict sich auf den bereits eingetretenen Schaden nicht bezieht, giebt Ulpian an: cum enim animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxae ea dedamus, multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non deberent onerare,

1) Außer den älteren Pandectencommentaren, von denen besonders Donellus Comm. iur. civ. Lib. XV. cap. 45. hervorzuheben ist, und den neueren Pandectenlehrbüchern, unter denen an erster Stelle Vangerow Bd. III. §. 678, Keller §. 162, Sintenis II. §. 127. III. und Windscheid II. §. 458—461, zu nennen sind, beschäftigen sich mit dieser Lehre mehr oder weniger ausführlich folgende Schriften: Franc. a Ripa Comm. de damno infecto in Opp. Tom. II. Lugd. 1548. Marbach De damni inf. cautione

praesertim cum res quidem animales, quae damnum dederint, ipsae extent, aedes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierint extare. Dieser Grund zeigt, daß der Schaden, den das prätorische Edict im Auge hat, ein durch eine leblose Sache und zwar hauptsächlich durch Einsturz eines Gebäudes drohender ist: gegen einen solchen schützt der Prätor durch Vermittlung der cautio damni infecti. Der Gegensatz wird gebildet durch zwei Fälle: eine Hilfe gegen den durch eine leblose Sache vor geforderter und geleisteter Caution entstandenen Schaden wird vom Prätor regelmäßig nicht gewährt, und wenn ein Schaden nicht durch eine Sache, sondern durch die Thätigkeit einer Person droht, so kann zwar hier eine cautio damni infecti Platz greifen, aber es ist dies nicht der Fall, an den bei Erwähnung der c. d. infecti vorzugsweise gedacht wird und der den Prätor zur Aufstellung gerade dieses in unserm Titel vorzugsweise besprochenen und im Verhältniß zum bisherigen Rechtszustand neuen Schutzmittels bewogen hat.

Um das Princip der cautio damni infecti festzustellen, ist zunächst der Fall zu betrachten, wo eine leb-

Arg. 1702. Westphal Interpr. iur. civ. de libert. et servit. praed. 1773. Sect. II. cp. XII. §. 201—309. Hesse Die cautio damni inf. 1838. Wybenbrugk De cond. object. damni inf. actionis (1838). Unterholzner Schuldverhältn. II. S. 714—721. Reinhard Arch. f. civ. Prax. XXX. S. 226 ff. (1847). Bachofen Das röm. Pfandrecht S. 110 ff. S. 368 ff. (1847). Groh Ueber die Caution wegen zukünftigen Schadens (1854). Hesse Rechtsverhältn. zwischen Grundstücksnachbarn I. S. 1—184. (1859.) Aebli Die cautio d. inf. (1867).

lose Sache Schaden gestiftet hat, ohne daß von dem dadurch Verletzten vor Eintritt des Schadens das Versprechen des Ersatzes von Seiten des Eigenthümers der schadenden Sache erwirkt worden ist.

Wenn uns durch eine fremde Sache, eine lebendige, wie Sclaven und Thiere, oder eine leblose, sei es eine von Anfang an bewegliche, sei es eine ursprünglich unbewegliche und dann beweglich gewordene, ein Vermögensschaden ohne Zuthun eines rechts- und handlungsfähigen Menschen zugefügt ist, so ist nach der Anschauung auch des späteren römischen Rechts ein directer Ersatzanspruch gegen den Eigenthümer nicht begründet: der klagbare Anspruch auf volle Vergütung des Schadens setzt, abgesehen von besonderen obligatorischen Verhältnissen, eine positive schuldhafte Thätigkeit des zu Belangenden voraus. Ganz ohne Schutz soll jedoch der Verletzte auch in jenen Fällen nicht bleiben. Gegen den Eigenthümer des servus noxius und des contra naturam sui generis schadenden Thiers giebt das spätere römische Recht eine Klage auf vollen Ersatz, räumt aber dem Beklagten die Befugniß der noxae datio ein. Der Eigenthümer der leblosen res nocens ist nicht einmal einer solchen Klage ausgesetzt, sondern der Verletzte hat nur an der in seine Gewalt gekommenen Sache gegenüber der Klage des Eigenthümers auf Herausgabe derselben ein Retentionsrecht, bis der Kläger seine Sache durch Vergütung des durch sie zugefügten Schadens löst. In beiden Fällen wird also der Eigenthümer frei von jeder Ersatzpflicht durch Aufgeben seines Eigenthums, er hat die Wahl zwischen Leistung des Schadenersatzes und Preisgeben des schadenden Objects, nur daß er im ersten Fall durch eine Klage des Verletzten vor diese Al-

ternative gestellt werden kann, während es im letzteren lediglich von seiner Entschließung abhängt, ob er dem Verletzten Gelegenheit zur einredeweisen Geltendmachung seines Anspruchs geben will.

Der Grund der verschiedenen Behandlung beider Fälle liegt in den thatsächlichen Verhältnissen. Sclaven und Thiere sind res sese moventes, haben sie geschadet, so wird der Beschädigte selten in der Lage sein, sie sofort zu ergreifen und ohne Widerrechtlichkeit in seine Gewalt zu bringen: ein bloses Retentionsrecht wäre also nicht genügend. Hingegen eine schadende leblose Sache, die sich durch eigene Macht vom Ort der That nicht fortbewegen kann, hat der Verletzte regelmäßig in seinem Gewahrsam und sie kann ihm ohne Eingriff in seine Rechtssphäre außergerichtlich nicht entzogen werden: das Retentionsrecht wird also regelmäßig hinreichenden Schutz gewähren, und wenn auch die Möglichkeit einer Besitzentziehung nicht geleugnet werden kann, so hat sich doch wegen der Seltenheit solcher Fälle der Anspruch auf das Behaltendürfen der schadenden Sache nicht zu einer selbständigen Klage entwickelt.

Dieser Grund erscheint freilich in seiner vollen Bedeutung erst dann, wenn man den ursprünglichen Rechtszustand in's Auge faßt. Dieser zeichnet sich gegenüber dem späteren durch eine doppelte innerlich zusammenhängende Eigenthümlichkeit aus. Der Gesichtspunkt des Schadensersatzes für den Fall, daß dem Beschädigten etwas entzogen ist, was ihm in natura nicht wiedergegeben werden kann, tritt zurück gegenüber dem Gesichtspunkt der Strafe für den Thäter, der Rache und persönlichen Genugthuung für den Verletzten, und die Befriedigung des Rachebedürfnisses erfolgt regelmäßig in

der Weise, daß der Verletzte sich der Person des Thäters zu willkürlicher Ahndung bemächtigt. In den Zeiten einer solch rohen Auffassung wird aber auch die Frage, ob das Rachegefühl begründet ist, lediglich vom Standpunkt des Verletzten aus beurtheilt: er empfindet nur das objective Unrecht und fragt nicht danach, ob den, welcher es ihm zufügte, ein Vorwurf deshalb trifft. Daher wird das Unrecht gestraft ohne Rücksicht auf die Verschuldung des Thäters: es kommt nur darauf an, daß durch eine Handlung die Rechtsverletzung herbeigeführt ist, nicht darauf, ob der Wille des Handelnden auf die Verletzung gerichtet war[2]). Es ist lediglich eine Consequenz dieses letzteren Satzes, daß auch die Verletzung durch ein vernunftloses Wesen, durch eine leblose Sache geahndet wird. Und wie die Wirkung des Delicts eines freien Menschen nicht die ist, daß eine Obligation auf Leistung des Schadensersatzes erzeugt wird, sondern der Thäter dem Verletzten preisgegeben ist, so daß dieser ihn ergreifen und seine Rache an ihm kühlen kann, so entsteht bei Schadenstiftung durch Sclaven, durch Thiere und durch leblose Gegenstände ursprünglich nicht eine Verpflichtung des Eigenthümers auf Ersatz, sondern die Pflicht, dem Beschädigten das schadende Object zur Rache zu überlassen, Sclaven und Thiere ihm auszuliefern, leblose Sachen nicht zurückzufordern[3]). Im

2) Vgl. Jhering Geist des röm. R. I. §. 11[a] S. 129 ff. (2. Aufl.).

3) Daß, im Gegensatz zu der Darstellung der classischen Juristen, diese Verpflichtung historisch als das prius zu betrachten ist und die Leistung der aestimatio ursprünglich lediglich den Character der Abfindung und des Surrogats der Rache hatte und eine erst später

späteren Recht hat sich jene Grundanschauung geändert. Der Gesichtspunct der vermögensrechtlichen Genugthuung für zugefügten Vermögensschaden wird der principale, an die Stelle des Anspruches auf Auslieferung des schadenden Sclaven oder Thieres mit der Befugniß des Herrn, sie durch Zahlung der aestimatio zu lösen, tritt der selbständige durch Klage geltend zu machende An-

im Interesse des Eigenthümers selbst eingeführte Modification jener ursprünglich unbedingten Auslieferungsbezüglich Ueberlassungspflicht ist, darf jetzt als ziemlich allgemein anerkannt gelten. Vgl. Zimmern Noxalklagen S. 36 ff. Dirksen Civil. Abh. I. S. 104 Wyß Haftung für fremde Culpa S. 20. Bechmann Krit. Vierteljahrsschr. X. S. 316. Bekker Actionen S. 186. A. 4. Was neuerdings Karlowa Röm. Civilproc. z. Zeit der Legisactionen S. 120 gegen diese Ansicht wieder eingewandt hat, daß nämlich die facultas noxae deditionis von den classischen Juristen ausdrücklich auf die lex d. i. vor allen die lex XII tabularum zurückgeführt werde (l. 6. §. 1. de re iud. 42. 1.), kann als ein stringenter Gegenbeweis nicht angesehen werden: mit eben so viel und mehr Recht kann man sich für unsere Ansicht auf die l. 1. pr. si quadr. paup. 9. 1. berufen, wo es heißt: quae lex (XII tab.) voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerre. Vgl. auch l. 53. §. 4. de leg. I.: sed si noxae dedit (scil. heres), an teneatur, quia potest *redimere?* et puto teneri. Aber es ist, was diese Quellenaussprüche betrifft, gewiß richtig, was Bekker a. a. O. sagt: Diese und alle andern etwa heranzuziehenden Specialbelege wiegen so leicht, daß sie nichts vermögen wider das Gewicht der geschichtlichen Analogie, welche die jetzt herrschende Anschauung entschieden unterstützt.

spruch auf Leistung des Schadenersatzes, von dem der Beklagte sich nur durch noxae datio frei machen kann. Anders verhält es sich bei Schadenstiftung durch leblose Gegenstände: wie ursprünglich in diesem Fall keine Verpflichtung des Eigenthümers zur Herausgabe derselben bestand, sondern nur die Verpflichtung, sie dem im Besitz befindlichen Verletzten zu belassen, so ist auch seit dem neueren Rechtszustand nicht eine Klage des Verletzten auf Ersatz des Schadens anerkannt, sondern er hat nach wie vor nur das Recht, die schadende Sache zu behalten, falls sie nicht der Eigenthümer freiwillig durch Leistung der aestimatio löst, er kann also einen Schadenersatzanspruch lediglich im Weg der Retentionseinrede geltend machen. — Wie in dieser Beziehung, so hat auch noch in einer andern Richtung dieser Fall eine aus der älteren Auffassung stammende Eigenthümlichkeit bewahrt. Der alte Satz, daß jedes objective Unrecht Genugthuung heischt, ist im Princip gefallen: ein Ersatzanspruch gegen den Urheber einer Rechtsverletzung ist nur begründet, wenn ihn der Vorwurf einer Verschuldung trifft, also vor Allem nur, wenn der Thäter ein vernunftbegabtes, zurechnungsfähiges Wesen ist. Beim Sclaven war dieses Erforderniß vorhanden, beim Thier, welches nach der älteren Anschauung ohne Weiteres mit dem Sclaven zusammengestellt werden konnte, an sich nicht: hier substituirte man der culpa des Menschen das Betragen contra naturam sui generis; bei leblosen Sachen blieb der alte Satz bestehen: „wer schadet, muß entgelten", von einer Verschuldung oder einem Surrogat derselben kann hier keine Rede sein[4]).

4) Die Behauptung von Pernice M. Antist. Labeo

Unserer heutigen Anschauung, die sich in allen übrigen Fällen einer Rechtsverletzung nicht mit der Existenz eines bloßen Causalverhältnisses zwischen Verletzung und verletzender Thatsache begnügt, erscheint wohl auch dieser Rest des im ältern römischen Recht allgemein geltenden Princips bedenklich. Daß es aber nicht specifisch römisch ist, sondern in ähnlicher Weise auch im deutschen Recht Geltung gehabt hat, zeigt eine Bestimmung der Lex Ripuar. LXX. 1.:

> Si quis homo a *ligno* seu quolibet *manufactile* fuerit interfectus, non solvatur, nisi forte quis auctorem interfectionis in usus proprios adsumpserit, tunc absque fredo culpabilis iudicetur.

Der Eigenthümer der schadenden leblosen Sache muß, wenn er dieselbe in usus proprios adsumpserit — was dem Erforderniß des Aufnehmens in die Gewere bei Schadenszufügung durch ein Thier entspricht — zwar nicht das Fredum, aber die Composition an den Verletzten zahlen[5]).

S. 117, bei leblosen Dingen sei der culpa des Menschen das vitium z. B. des Gebäudes substituirt worden, ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig: beim damnum iam factum haftet das schadende Object ohne jede derartige Voraussetzung, nur wenn man den weitergehenden Anspruch auf cautio damni infecti oder aus derselben geltend machen will, kommt das vitium in Betracht.

5) Auf einem ähnlichen Gedanken beruht die Bestimmung des attischen Rechts, wonach über leblose Gegenstände, wie Balken, Steine u. dgl., welche durch Herabfallen

2. Für das classische römische Recht steht der Satz fest, daß der durch eine leblose Sache verursachte Schaden dem Verletzten einen im Wege der Retentionseinrede geltend zu machenden Anspruch giebt: der Eigenthümer, der seine gerade durch die Schaden stiftende Thatsache in das Gebiet des Verletzten gekommene Sache zurückverlangt, soll Ersatz leisten bezüglich wegen der Ersatzleistung caviren, lediglich deßhalb, weil seine Sache Schaden angerichtet hat[6]). Die Ersatzpflicht ist aber hier so wenig wie bei einem durch Sclaven oder Thiere zugefügten Schaden eine unbedingte. Die facultas alternativa der noxae datio, die im letztern Fall als ein selbständiges Recht des Eigenthümers gegenüber der auf Ersatzleistung gerichteten Klage erscheint, liegt hier schon in der allein zulässigen Form der Geltendmachung dieses Anspruchs durch Retentionseinrede: steht der Eigenthümer von der Klage auf Herausgabe der Sache ab, so muß der Verletzte sich mit der Sache begnügen, die der Eigenthümer durch sein Nichtfordern ihm gewissermaßen noxae giebt. Insofern ist es ganz richtig, wenn

den Tod eines Menschen herbeigeführt hatten, Gericht gehalten und *τὸ τὸν φόνον εἰργασμένον* über die Grenze gebracht wurde. Demosth. g. Aristocrat. §. 76. Vgl. Philippi der Areopag u. die Epheten S. 16.

6) Gegen die haltlose Ansicht — die neuerdings wieder in Hesse Rechtsverhältn. zwischen Grundstücksnachbarn I. S. 137 ff. einen Vertheidiger gefunden hat — daß diese Verpflichtung dem Eigenthümer nur dann obliege, wenn denselben der Vorwurf einer Verschuldung treffe oder ihm der Schaden irgendwie zugerechnet werden könne, vgl. Heise und Cropp jurist. Abh. Bd. II. S. 415 ff.

dieser Fall mit der noxae datio eines Sclaven oder Thiers verglichen und gesagt wird, daß leblose Gegenstände non ultra nos debent onerare quam ut noxae dedamus. Der Vergleichungspunct für diese Fälle des damnum iam datum ist der, daß eine unbedingte Ersatzpflicht des Eigenthümers nicht besteht, sondern derselbe durch Preisgeben des schadenden Objects sich von jeder Verbindlichkeit freimachen kann [7]).

Auf den Fall des damnum iam factum im Gegensatz zum damnum infectum beziehen sich die l. 6. 7. §. 1. 2. — l. 9. pr. l. 9. §. 1—3. h. t. Ueber den Inhalt dieser Stellen ist zum Theil großer Streit und sie bedürfen, da die Feststellung ihres Sinnes nicht blos allgemeineres Interesse hat, sondern auch für einzelne Puncte der Lehre von der cautio damni infecti von Bedeutung ist, einer näheren Betrachtung.

L. 6. h. t. (Gaius lib. I. ad edict. provinc.): Evenit, ut nonnumquam damno dato nulla nobis competat actio non interposita antea cautione, veluti si vicini aedes ruinosae in meas aedes ceciderint: adeo ut plerisque placuerit nec cogi

7) Wenn, wie dies gleichfalls in den Quellen (vgl. Ziff. 3. bei Anm. 27.) geschieht, zwischen dem Anspruch auf Leistung der cautio damni infecti und den actiones noxales eine Parallele gezogen wird, liegt die Sache anders: in dem einen Fall handelt es sich um den Anspruch auf Ersatz für den bereits eingetretenen Schaden, im andern um den Anspruch auf Versprechen des Ersatzes für drohenden Schaden. Der Vergleichungspunct aber ist derselbe: von beiden Verpflichtungen wird man frei durch Aufgeben der Sache, die den Schaden schon zugefügt hat oder von der eine Schadenszufügung befürchtet wird.

quidem eum posse, ut rudera tollat, si modo omnia quae iaceant pro derelicto habeat.

Hier spricht Gajus zunächst den allgemeinen Satz aus, daß für den durch eine leblose Sache z. B. die Trümmer eines eingestürzten Nachbarhauses uns zugefügten Schaden im Weg der Klage Ersatz nicht verlangt werden könne, ausgenommen natürlich den Fall, wenn durch eine vorher geleistete Caution eine klagbare Ersatzverbindlichkeit begründet war. Welcher Anspruch sonst dem Verletzten zustehe, erörtert Gajus hier nicht, er beschränkt sich auf die Negative, der Verletzte habe keine Klage auf Ersatz, ja nach Vielen gebe es hier überhaupt keine Klage für ihn, nicht einmal darauf, daß der Eigenthümer des eingestürzten Gebäudes die Trümmer vom Grundstück des Beschädigten wegnehme, falls nur jener alles Daliegende derelinquire. Diese Meinung der plerique, die Gajus selbst wohl nicht vertheidigen will, ist, wie sich im Folgenden ergeben wird, unrichtig. Aus dem Eigenthumsrecht des Verletzten folgt zunächst, daß er gegen den Eigenthümer des eingestürzten Gebäudes auf tollere der auf sein Grundstück herabgestürzten rudera klagen kann. Die Existenz der Trümmer auf seinem Grundstück ist ein Eingriff in sein Eigenthum aus dem Gesichtspunct des immissum habere: er kann die Beseitigung des Immittirten verlangen mit der Formel ius illi non esse ita res suas habere invito se, also mit der actio negatoria[8]). Dies wird bestätigt

8) Unbegründet ist die Behauptung von Bekker Jahrb. des gem. Rechts V. S. 168, daß hier nach der Natur der Störung nicht mittels der negatoria, sondern indirect geholfen werde.

durch das argumentum a contrario aus l. 9. §. 2. fine h. t.: von deinem Grundstück ist ein Stück Erde auf das meine herabgestürzt, deine rei vindicatio ist ausgeschlossen, sobald ein coalescere mit meinem Grundstück stattgefunden hat, sed nec ego potero tecum agere ius tibi non esse ita crustam habere, si iam cum terra mea coaluit, quia mea facta est — folglich ist die Klage auf tollere (ius tibi non esse ita crustam habere) vor Eintritt des coalescere begründet. Wie die Frage nach der Wirkung einer Dereliction zu beantworten ist, werden wir bei der Betrachtung der l. 7. §. 2. h. t. sehen.

Dieser Anspruch auf tollere wird denn auch, mit einer durch die besondere Natur dieser Eigenthumsstörung begründeten Modification, in l. 7. §. 2. h. t. ausdrücklich anerkannt. Da diese Stelle mit der folgenden in engem Zusammenhang steht, so müssen beide verbunden betrachtet werden.

Nachdem Ulpian in l. 7. §. 1. gesagt, daß das Edict auf damnum iam factum sich nicht beziehe und daß bei einem durch leblose Sachen, speciell durch Einsturz eines Gebäudes verursachten Schaden die Haftpflicht nicht weiter gehen könne als bei Schadenszufügung durch Sclaven und Thiere, fährt er in §. 2. fort:

> Unde quaeritur, si ante, quam caveretur, aedes deciderunt neque dominus rudera velit egerere eaque derelinquat, an sit aliqua adversus eum actio. et Julianus consultus, si prius, quam damni infecti stipulatio interponeretur, aedes vitiosae corruissent, quid facere deberet is, in cuius aedes rudera decidissent, ut damnum sarciretur, respondit, si dominus aedium, quae

ruerunt, vellet tollere, non aliter permittendum, quam ut omnia, id est et quae inutilia essent, auferret, nec solum de futuro, sed et de praeterito damno cavere eum debere: quod si dominus aedium, quae deciderunt, nihil facit, interdictum reddendum ei, in cuius aedes rudera decidissent, per quod vicinus compelletur aut tollere aut totas aedes pro derelicto habere.

l. 8. (Gaius ad edict. praet. urb. titulo de damno infecto): Quod forte tunc recte dicetur, cum non ipsius negligentia, sed propter aliquod impedimentum sibi non prospexit.

Wenn leblose Sachen den Eigenthümer non ultra debent onerare als Sclaven und Thiere, derselbe also durch Preisgeben des schadenden Objects von jeder Ersatzpflicht frei wird, so entsteht die Frage, ob der durch den Einsturz des baufälligen Nachbarhauses Verletzte, der infolge seiner Säumniß Caution wegen des drohenden Schadens nicht erlangt hat, irgend eine Klage gegen den die rudera derelinquirenden Nachbar hat. Diese Frage nach dem Zustehen einer Klage kann sich natürlich — und das ist wichtig für die Entscheidung der Controverse, in welchem Zusammenhang die l. 8. mit dieser Stelle steht — infolge des Zusammenhangs mit §. 1. nicht darauf beziehen, ob derjenige, auf dessen Grundstück die rudera gefallen sind, eine Klage auf Wegschaffung derselben habe, vielmehr will Ulpian lediglich erörtern, ob von dem Verletzten, wenn ihm infolge des Derelinquirens der rudera die Geltendmachung des Ersatzanspruchs im Wege der Retentionseinrede vereitelt ist, nicht auch klageweis Ersatz des erlittenen Schadens gefordert werden kann. Die Antwort erfolgt durch Be-

ziehung auf ein Responsum Julians, welches nebst der demselben vorgelegten Anfrage vollständig mitgetheilt wird. Die an Julian gerichtete Frage lautete aber etwas anders als die von Ulpian aufgeworfene: nicht, ob der Verletzte in einem solchen Fall eine Klage auf Schadensersatz habe, sondern allgemeiner „quid facere deberet is, in cuius aedes rudera decidissent, ut damnum sarciretur“? Da die Entscheidung darüber, was der Verletzte zu thun habe, von dem Benehmen des Gegners abhängt, so faßt Julian die beiden überhaupt möglichen Fälle in's Auge: entweder liegt dem Gegner an der Wiedererlangung der rudera und er fordert demnach ihre Herausgabe, oder es liegt ihm nichts daran und er thut keine Schritte, um sie zurückzubekommen, er giebt sie preis. Im ersten Fall erlangt der Verletzte in vollem Umfang Ersatz des ihm zugefügten Schadens: dem Gegner wird die Wegnahme nur gestattet, wenn er einerseits die Trümmer vollständig von dem Grundstück entfernt und andrerseits cautio de damno futuro et praeterito, für den bei der Wegnahme und den durch den Einsturz zugefügten Schaden leistet. Im letztern Fall hingegen ist von damnum sarciri an sich keine Rede, zur Ausübung des Retentionsrechts ist hier keine Gelegenheit und eine Klage auf Ersatz giebt es nicht, wohl aber kann der Verletzte tollere der rudera verlangen[9]) und zu diesem Behufe wird ihm — statt der schwerfälligen actio negatoria — ein Interdict gegeben[10]).

9) Ueber den Grund der Alternative aut tollere aut totas aedes pro derelicto habere s. im Folgenden.

10) Der Anspruch auf tollere wird stets liquid sein, indem über das Eigenthum an dem Grundstück, auf

Hier scheint also Julian, in Ermangelung einer erlangten cautio damni infecti, jede Klage auf Ersatz des Schadens gegen den derelinquirenden Eigenthümer zu versagen. In der l. 9. pr. h. t. aber — welche die blos durch die kurze l. 8. unterbrochene Fortsetzung der l. 7. §. 2. ist — erkennt Julian eine Modifikation dieser Regel an:

Hoc amplius Julianus posse dici compellendum eum, ut etiam de praeterito damno caveret: quod enim re integra custoditur, hoc non inique etiam post ruinam aedium praestabitur. integra autem re unusquisque cogitur aut de damno infecto cavere, aut aedibus carere quas non defendit. denique, inquit, si quis propter angustias temporis aut quia reipublicae causa aberat non potuerit damni infecti stipulari, non inique praetorem curaturum, ut dominus vitiosarum aedium aut damnum sarciat aut aedibus careat. sententiam Juliani utilitas comprobat.

Der Eigenthümer eines baufälligen Hauses muß, wenn er sein Eigenthum behalten will, die defensio desselben durch Leistung der cautio damni infecti übernehmen, die Vertretungspflicht hört nur dann auf, wenn er aus dem Verhältniß zur Sache ausscheidet: aut cave aut care. Bei Eintritt des Schadens vor Forderung und Leistung der Caution steht nun streng genommen

dem die rudera liegen, und über das Eigenthum an den aedes ruinosae gar kein Streit sein wird: in solchen Fällen bedarf es aber nicht einer eigentlichen Klage, sondern es kann sofort um eine Executivmaßregel gebeten werden. Vgl. Neuner Wesen u. Arten der Privatrechtsverh. S. 173. a. E.

dem Verletzten nur das in l. 7. §. 2. erörterte Recht zu; unter Umständen erscheint es aber doch als eine Forderung der Billigkeit, daß auch hier ihm in ähnlicher Weise geholfen und der Eigenthümer vor eine ähnliche Alternative gestellt wird: wie dieser vor Eintritt des Schadens de damno futuro cavere oder aedibus carere muß, so muß er unter Umständen nach Eintritt des Schadens damnum praeteritum sarcire bezüglich Caution dafür leisten oder sein Eigenthum aufgeben, nämlich dann, wenn der Verletzte durch Kürze der Zeit oder durch Abwesenheit an der Erlangung der cautio damni infecti gehindert war. Diese Voraussetzung für die Ausnahme von der Regel ließe sich auch mit den Worten der l. 8. h. t. ausdrücken: cum non ipsius negligentia, sed propter aliquod impedimentum sibi non prospexit. Und in der That sagt die l. 8 nichts anderes als l. 9. pr., nämlich daß der Beschädigte, der sich cautio damni infecti nicht hat bestellen lassen, dann einen Anspruch auf Ersatz des eingetretenen Schadens habe, wenn das Nichtverlangen der Caution ihm nicht zum Vorwurf gereicht.

Freilich legt die gewöhnliche Meinung der l. 8. cit. eine ganz andere Bedeutung bei[11]); die Prüfung dieser Meinung nöthigt uns, auf die l. 7. §. 2. zurück-

11) Vgl. z. B. Voet Comm. ad. h. t. §. 14. Donell Comm. iur. civ. Lib. XV. c. 46. Bynkershoek Observ. IV. 9. Hesse Die cautio damni inf. S. 47. Rechtsverh. I. S. 134 ff. Sintenis Pract. Civilrecht I. §. 127. III. u. im deutschen Corpus iuris ad h. l. Vangerow Pand. §. 678. Anm. Nr. IX. 1. Reinhard Arch. f. civil. Prax. XXX. S. 227. A. 34. Bekker Jahrb. des gem. Rechts V. S. 168. Hoffmann Pract. Arch. N. F. I. 295 ff.

zugehen. Julian giebt dort in dem Fall, wo der Eigenthümer des eingestürzten Gebäudes die Herausgabe der Trümmer nicht verlangt, gegen diesen nicht einen unbedingten Anspruch auf tollere, sondern er stellt ihn vor die Alternative aut tollere aut *totas aedes* pro derelicto habere. Aus diesem Satz, daß der Beklagte nur durch die Dereliction der totae aedes von der Verpflichtung zum tollere der rudera frei wird, ergiebt sich jedenfalls, daß die Ansicht der plerique in l. 6. h. t., nach welcher dieses Freiwerden schon dann eintritt, si modo omnia quae iaceant pro derelicto habeat, falsch ist. Wie aber kommt es, daß der Anspruch auf tollere, der sich auf die durch eine solche Immission herbeigeführte Verletzung des klägerischen Eigenthums stützt, hier nicht als ein unbedingter anerkannt wird, sondern der Beklagte durch Dereliction des ganzen Gebäudes sich der Pflicht zum tollere entziehen kann? Die Erklärung liegt in Folgendem. Da der Beklagte die rudera nicht durch seine Handlung auf das klägerische Grundstück gebracht hat, er also nicht immisit, sondern nur immissum habet[12]), so haftet er eben nur als Eigenthümer: im

12) Läge eine das Eigenthum verletzende Immissionshandlung des Beklagten vor, wie z. B. wenn er in Derelictionsabsicht Schutt auf das Nachbargrundstück geworfen hat, so kann er natürlich die actio negatoria nicht durch die Erklärung beseitigen, daß er sein Eigenthum preisgebe. Wenn die Handlung, durch welche er, wie er das jeder Zeit kann, sein Eigenthum aufgiebt, zugleich das Recht eines Andern verletzt, so kann er diese Rechtsverletzung nicht durch die Zulässigkeit der Dereliction entschuldigen: in dem Erlaubtsein der Dereliction liegt nicht das Erlaubtsein der Rechtsver-

Moment, wo sein Eigenthum aufhört, erlischt die Verpflichtung. Die schon oben citirte l. 9. §. 2. h. t. sagt ausdrücklich, daß die actio negatoria auf Beseitigung der auf mein Grundstück herabgestürzten crusta unanwendbar wird, sobald die crusta durch coalescere mea geworden, also das Eigenthum des Nachbars erloschen ist[13]). Sollte daraus aber nicht vielmehr folgen, daß der Beklagte durch Aufgeben seines Eigenthums an den rudera frei wird? Wie also erklärt es sich, daß der Eigenthümer der schadenden crusta, des Baumes nur als solcher haftet, also durch Dereliction sich der Klage auf tollere entzieht, und doch wieder der Eigenthümer der herabgestürzten rudera durch Dereliction derselben sich von der Verpflichtung zum tollere nicht befreien kann? Der Conflict löst sich, wenn man die Frage näher in's Auge faßt, welches denn im letzteren Fall das schadende Object ist. Sind es wirklich die herabgestürzten rudera oder ist es nicht vielmehr das

letzung. Bei dem Einsturz eines Gebäudes, dem Herabfallen der crusta, des Baumes steht aber eben nicht eine Handlung des Eigenthümers in Frage.

13) Vgl. auch l. 2. §. 40. ne quid in loco publ. 43. 8. Wenn ein Baum von einem Grundstück auf einen öffentlichen Weg so gefallen ist, ut itineri sit impedimento, so geht gegen den Eigenthümer das restitutorische Interdict (quod in via publica itinereve publico factum immissum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, restituas l. 2. §. 35. eod.) nur dann, wenn er den Baum nicht derelinquirt. Scheidet er durch Dereliction aus dem Verhältniß des factum habere aus, so haftet er nicht: denn hoc interdicto non is tenetur, qui in via publica aliquid fecit, sed is, qui factum habet l. 2. §. 37 eod.

ganze baufällige Gebäude, welches den Schaden verursacht? In dem Gebäude, von dem infolge seiner mangelhaften Beschaffenheit einzelne Theile herabstürzen, hat der Schaden seinen Ursprung und Grund, das Gebäude schadet durch seinen Einsturz, daher wird der Eigenthümer von der Verpflichtung zum Wegschaffen der rudera nicht durch deren Dereliction, sondern nur dann frei, wenn er das Gebäude als das schadende Object preis giebt: aut tollere aut totas aedes pro derelicto habere ist demnach die ganz richtige Alternative, vor welche ihn Julian in l. 7. §. 2. stellt. Daß dieser Alternative wirklich der Gedanke, das schadende Object ist das Haus, zu Grunde liegt, zeigt der Ausspruch Ulpian's in l. 7. §. 1.: leblose Gegenstände dürfen uns nicht weiter verpflichten als lebendige, praesertim cum res quidem animales, quae damnum dederunt, ipsae extent, *aedes* autem, si *ruina sua damnum dederunt*, desierint extare; im letztern Fall existirt nach Ulpian das Schadende nicht mehr, die rudera nun existiren natürlich noch, hingegen das Gebäude ist in seiner Integrität nicht mehr vorhanden, also ist das Schadende nicht das Herübergestürzte, sondern das, was infolge seiner fehlerhaften Beschaffenheit herüberstürzen läßt, die aedes sind es, die ruina sua damnum dederunt[14]).

14) Daß der Eigenthümer von der Pflicht zur Leistung des Schadensersatzes wegen der durch den Einsturz verursachten Beschädigungen schon durch Dereliction der rudera frei wird, obgleich ja auch hier in derselben Weise das Gebäude das schadende Object ist, erklärt sich einfach daraus, daß der Anspruch auf Schadensersatz nur im Wege der Retentionseinrede geltend gemacht werden kann, während auf das tollere

Diese alternative Verbindlichkeit des Eigenthümers zum tollere aut totas aedes pro derelicto habere ist offenbar nach allgemeinen Principien wie nach Julians und Ulpians Auffassung nicht durch eine weitere Voraussetzung eingeschränkt. Nach der gewöhnlichen Meinung soll nun aber durch Gajus in l. 8. cit. — oder doch durch die Compilatoren infolge der Einschiebung der l. 8. an dieser Stelle — jene Verpflichtung nur für den Fall anerkannt sein, wenn den Kläger nicht der Vorwurf einer Nachlässigkeit im Fordern der cautio damni infecti trifft. Diese Ansicht, über deren Bedenklichkeit man übrigens im Wesentlichen einig ist, ist durchaus irrig. Weder bei Gajus noch im Zusammenhang der Compilation ist der Sinn der l. 8. der, daß die Pflicht zum Wegschaffen der Trümmer oder Preisgeben des Eigenthums am Gebäude vom Mangel einer negligentia des Klägers abhängig gemacht wird, vielmehr will, wie schon früher erwähnt wurde, die l. 8. nichts andres sagen, als was in l. 9. pr. als Julians Meinung angeführt wird: unter Umständen hat der durch den Einsturz Beschädigte, auch ohne daß ihm Caution wegen drohenden Schadens geleistet worden ist, doch ei-

der rudera eine Klage zusteht. Das Retentionsrecht kann man nur an dem ausüben, was man in Händen hat, und das sind eben nur die rudera: das Retentionsrecht wird aber effectlos, wenn die Herausgabe der in der Hand des Beschädigten befindlichen Sachen verlangt wird, also entzieht sich der Eigenthümer der Ersatzpflicht durch Preisgeben der rudera. — Da, wo ein klagbarer Anspruch auf Ersatz des damnum praeteritum bezüglich auf Caution deßhalb zusteht, ist die Alternative auch: cavere aut *aedibus* carere.

nen klagbaren Anspruch auf Ersatz, für diesen Anspruch besteht aber die in l. 8. wie l. 9. pr. aufgestellte Voraussetzung, daß er propter aliquod impedimentum non potuit damni infecti stipulari. Der Grund für die gewöhnliche Annahme, daß die l. 8. diese Voraussetzung nicht für die Klage auf Ersatz des damnum praeteritum, sondern für die Klage auf tollere der rudera mit der facultas alternativa des Beklagten totas aedes pro derelicto habere aufstelle, liegt darin, daß man die l. 8. in unmittelbaren Zusammenhang mit den Schlußworten der l. 7. §. 2. bringt und das „Quod forte tunc recte dicetur" als eine durch Gajus bezüglich die Compilatoren im Widerspruch mit Julian zugefügte Einschränkung dieser Schlußworte ansieht. Daß dies unthunlich ist, haben wir nachgewiesen: für den aus der Verletzung des klägerischen Eigenthums durch das immissum habere entspringenden Anspruch auf tollere ist eine weitere Voraussetzung als eben diese Verletzung nicht denkbar und es kann namentlich von einem sibi prospicere hier gar nicht die Rede sein. Die Voraussetzung des unverschuldeten Nichtforderns der cautio damni infecti, welche überall blos für die Klage auf Ersatz des damnum iam factum vorkommt, kann auch hier lediglich diese Beziehung haben und sie hat dieselbe in der That. Man muß sich nur — was allerdings infolge des längeren Referats der Julian'schen Ansicht leicht aus dem Gedächtniß schwindet — erinnern, wie die von Ulpian in l. 7. §. 2. aufgeworfene Frage lautet. Diese Frage geht ja, wie wir sahen, nicht dahin, ob der Eigenthümer der rudera zum Wegschaffen derselben gezwungen werden könne — dies kommt vielmehr erst in der referirten Antwort Julians zur Sprache —,

sondern Ulpian fragt, ob für den Fall des Eintritts des Schadens vor geleisteter cautio damni infecti gegen den Eigenthümer des Gebäudes, der die rudera preisgiebt und dadurch dem Beschädigten die Geltendmachung des Ersatzanspruchs im Weg der Retentionseinrede entzieht, eine Klage auf Leistung des Schadensersatzes zustehe. Auf diese Frage: hat der Verletzte eine Schadensersatzklage, antwortet die l. 8. cit. mit Ja für den Fall, wenn das Nichterlangen der Caution seinen Grund nicht in einer Nachlässigkeit des Verletzten, sondern in äußeren Hindernissen hat. Derselbe Satz wird dann auch von Julian in l. 9. pr. ausgesprochen. Die Anknüpfung mit Hoc amplius bedeutet nicht ein Hinausgehen über das in l. 8. Enthaltene, sondern über das, was in l. 7. §. 2. als Responsum Julians angeführt ist: in diesem war von einer Klage auf Ersatz noch nicht die Rede, erst in l. 9. pr. geht Ulpian dazu mit den Worten Hoc amplius Julianus über.

So ist jede Schwierigkeit auf einfache Weise gehoben. Ein Widerspruch zwischen Julian und Gajus besteht nicht, auch nicht im Zusammenhang der Compilation. Das Resultat ist: stürzt ein Gebäude auf das Nachbargrundstück vor Leistung der cautio damni infecti, so kommt es für Beantwortung der Frage nach den dem Verletzten zustehenden Schutzmitteln auf das Verhalten des Hauseigenthümers an. Will er die rudera, weil sie ihm werthvoll sind, zurückverlangen, so kann der Verletzte fordern, nicht blos daß Alles, auch das Unnütze und Werthlose, weggenommen, sondern auch, daß ihm für den zugefügten Schaden Ersatz bezüglich Caution deßhalb und daneben noch Caution für den durch das Wegschaffen etwa verursacht werdenden Scha-

den geleistet werde: bis zur Erfüllung dieser Verpflichtungen kann er retiniren und den Gegner am Wegschaffen hindern. Will dieser umgekehrt die rudera nicht haben, weil sie ihm unnütz oder doch nicht so viel werth sind, um die für das Wegschaffendürfen nöthigen Voraussetzungen zu erfüllen, so ist der Regel nach der Verletzte Schadensersatz zu erlangen nicht im Stande, da ihm zu diesem Behufe eine Klage nicht gegeben ist: er hat in diesem Fall lediglich eine Klage auf tollere der rudera, welcher sich der Gegner blos durch Dereliction des ganzen Hauses entziehen kann[15]). Nur dann steht dem Verletzten ausnahmsweise ein klagbarer Anspruch auf Schadensersatz bezüglich auf cautio de damno praeterito zu, wenn er propter aliquod impedimentum sibi non prospexit.

Wir haben bisher im Anschluß an die Quellen nur den Fall des Einsturzes eines Gebäudes, den Hauptanwendungsfall zugleich der cautio damni infecti, betrachtet. Die hierfür erörterten Grundsätze gelten auch für den Fall eines durch leblose Mobilien herbeigeführten Schadens. Nur eine Abweichung — abgesehen davon, daß hier wegen der Unanwendbarkeit der cautio damni infecti auch von dem Ausnahmsfall des propter aliquod impedimentum sibi non prospicere nicht die Rede sein kann — ist hervorzuheben. Sie beruht darauf, daß die in den Händen des Verletzten befindliche Sache hier allein und ausschließlich als das schadende

15) Ist einmal auf tollere geklagt, so kann, wenn nunmehr der Beklagte die rudera wegnehmen will, natürlich jetzt der Kläger nicht durch Retention seinen Ersatzanspruch geltend machen: auf das Retentionsrecht hat er durch Anstellung jener Klage verzichtet.

Object in Betracht kommt: gegen den diese Sache derelinquirenden Eigenthümer, der ja nicht aus einer Immissionshandlung, sondern nur aus dem immissum habere haftet, steht daher ein Anspruch auf tollere nicht zu. In den Quellen wird für diesen Fall der Schadenszufügung durch leblose Mobilien eine Klage des Verletzten auf tollere gar nicht erwähnt. In der That wird hier die Sache regelmäßig so liegen, daß das schadende Object werthvoll genug ist, um den Eigenthümer die Ersatzleistung der Dereliction vorziehen zu lassen[16]). Es wird also hier factisch immer der Eigenthümer gegen den Verletzten auf Herausgabe der Sachen bezüglich auf Holendürfen klagen. Von diesem Fall geht denn auch Ulpian in l. 9. §. 1—3. h. t., wo er von Beschädigung durch leblose Mobilien spricht, aus.

L. 9. §. 1.: De his autem, quae vi fluminis importata sunt, an interdictum dari possit, quaeritur. Trebatius refert, cum Tiberis abundasset et res multas multorum in aliena aedificia detulisset, interdictum a praetore datum, ne vis fieret dominis, quominus sua tollerent auferrent, si modo damni infecti repromitterent.

§. 2. Alfenus *quoque* scribit, si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum eamque petas, dandum in te iudicium de damno iam facto, idque Labeo probat: nam arbitrio iudicis, apud quem res prolapsae petentur, damnum, quod ante sensi, non contineri, nec ali-

16) Natürlich kann, wenn der Verletzte auf tollere geklagt hat, auch hier von Geltendmachung des Ersatzanspruchs durch Retention keine Rede sein.

ter dandam actionem, quam ut omnia tollantur, quae sunt prolapsa. ita demum autem crustam vindicari posse idem Alfenus ait, si non coaluerit — — —

§. 3. Neratius *autem* scribit, si ratis in agrum meum vi fluminis delata sit, non aliter tibi potestatem tollendi faciendam, quam si de praeterito quoque damno mihi cavisses.

Daß das fragliche Interdict de his quae vi fluminis importata sunt nicht wie in l. 7. §. 2. h. t. das der actio negatoria correspondirende Interdict des Beschädigten auf tollere ist, sondern ein prohibitorisches Interdict zum Schutz des Eigenthümers, der seine Sachen wegholen will, ergiebt sich aus den Worten der von Ulpian zur Beantwortung dieser Frage citirten Juristen: es handelt sich um die potestas tollendi. Aus den mitgetheilten Stellen von Trebatius, Alfenus und Neratius geht aber zugleich hervor, daß die von Ulpian aufgeworfene Frage, an interdictum dari possit, nicht eigentlich den Sinn hat, ob überhaupt dem Eigenthümer ein Interdict zum Schutz des Holendürfens zu geben sei — die potestas tollendi und der Schutz dieser Befugniß konnte nicht zweifelhaft sein —, vielmehr ist die Bedeutung der Frage die, unter welchen Voraussetzungen dem Eigenthümer diese Befugniß zustehe, m. a. W. ob der Verletzte, wie in dem bisher besprochenen Fall des Einsturzes eines Gebäudes, so auch hier gegen die Klage des Eigenthümers auf Herausgabe bezüglich auf Holendürfen der angetriebenen Gegenstände die Retentionseinrede wegen des dadurch zugefügten Schadens vorschützen kann.

Die Art, wie Ulpian die Ansichten der andern

Juristen referirt, läßt erkennen, daß die Antwort nicht zu allen Zeiten gleichlautend gewesen ist. Die älteren Trebatius und Alfenus und mit letzterem Labeo sind, wie sich aus dem ‚Alfenus quoque' ergiebt, gleicher Ansicht, von ihnen weicht Neratius ab (Neratius autem). Worin besteht die Differenz ihrer Ansichten? Nach der gewöhnlichen Annahme[17]) darin, daß nur Neratius einen durch Retentionseinrede geltend zu machenden Ersatzanspruch wegen damnum iam factum anerkennt, nicht auch die ersteren. Natürlich ist diese Auffassung nicht möglich bei der Lesart der Florentina in §. 2.: dandum in te iudicium de damno *iam facto*, man liest daher mit einigen Handschriften de damno *infecto*. Gegen diese Erklärung und Lösung spricht eine Reihe von Gründen. Zunächst wird dadurch das Princip: „das schadende Object haftet und kann nur durch Leistung des Schadenersatzes vom Eigenthümer gelöst werden", welches wir als ein schon im ältesten römischen Recht allgemein anerkanntes kennen gelernt haben, in eine viel zu späte Zeit verlegt. Sodann bedenkt man nicht, daß bei dieser Auffassung gerade die Uebereinstimmung zwischen Trebatius und Alfenus aufgehoben wird: Trebatius macht die Ertheilung des prohibitorischen Interdicts von der Leistung der cautio damni infecti abhängig[18]), während Alfenus von einem

17) Vgl. Hesse Rechtsverh. I. S. 138 ff. u. die daselbst Angeführten.

18) Streng genommen kann man nicht einmal sagen, daß dies die Meinung des Trebatius selbst sei. Er erzählt nur, daß einmal bei einer Ueberschwemmung des Tiber der Prätor ein solches Interdict gegeben und lediglich von

besonderen judicium de damno infecto sprechen würde. Endlich und vor Allem: wie paßt hierzu die Begründung ‚nam arbitrio iudicis, apud quem res prolapsae petentur, damnum, quod ante sensi, non contineri'? Was soll die Berufung auf das arbitrium iudicis? Der Anspruch auf Leistung einer Caution wegen Ersatzes des durch Wegschaffen der Sachen etwa zugefügt werdenden Schadens ist doch nicht davon abhängig und dadurch begründet, daß der Richter, der über den Anspruch auf Herausgabe der res prolapsae zu urtheilen hat, nicht auch kraft seines Arbitrium über den schon zugefügten Schaden erkennen kann! Sollte das, was die Gegner meinen, gesagt werden, so hätte der Satz offenbar einfach lauten müssen: der auf Herausgabe der res prolapsae Belangte hat nur einen Anspruch auf cautio de damno futuro, nicht auch auf Ersatz des damnum quod ante sensit.

Wir müssen demnach die Lesart de damno iam facto beibehalten, und die Meinungsverschiedenheit zwischen Trebatius und Alfenus einerseits und Neratius andrerseits muß einen andern Grund haben. Nicht darin liegt die Differenz, daß der Eine einen Anspruch auf Ersatz des damnum praeteritum anerkennt, die

der Leistung der cautio de damno infecto abhängig gemacht habe. Dabei bliebe an sich nicht blos die Möglichkeit, daß Trebatius in Bezug auf damnum iam factum anderer Ansicht gewesen ist, sondern auch die, daß in dem concreten Fall ein damnum praeteritum nicht vorgelegen hat. Im Referat Ulpians haben aber natürlich die Worte des Trebatius den gleichen Sinn wie die des Alfenus.

Andern ihn leugnen, sondern darin, ob und wie dieser von Allen unbezweifelte Anspruch in dem auf Herausgabe der Sachen erhobenen Proceß geltend gemacht werden kann. Lediglich die Form der processualischen Geltendmachung ist in Frage. Bei Trebatius zwar könnte dies noch zweifelhaft erscheinen, da er blos sagt, das Interdict sei schon gegeben worden, wenn die Kläger nur cautio de damno infecto geleistet hätten. Alfenus aber, der infolge des Quoque wenigstens nach Ulpian's Auffassung nichts von der Meinung des Trebatius Abweichendes sagt, geht näher auf die Frage ein, unter welchen Voraussetzungen die Klage auf Herausgabe zusteht. Die Voraussetzung ist eine doppelte: einmal muß der Kläger dann auch Alles, auch das ihm Unnütze, wegschaffen, nur mit dieser Beschränkung wird die Klage gegeben (nec aliter dandam actionem quam ut omnia tollantur, quae sunt prolapsa), sodann aber muß der Kläger auf den Einwand des Beklagten, daß ihm durch die von jenem geforderten Sachen ein Schaden zugefügt worden sei und diese erst durch Leistung des Ersatzes gelöst werden müßten, ein iudicium de damno iam facto übernehmen (si crustam petas, dandam in te iudicium de damno iam facto). Der Anspruch des Beklagten auf Ersatz des damnum praeteritum ist damit als materiell begründet anerkannt. Aber weßhalb wird nicht einfach die Geltendmachung desselben im Weg der Retentionseinrede zugelassen? Auf diese Frage antwortet Alfenus mit den Worten: nam arbitrio iudicis, apud quem res prolapsae petentur, damnum, quod ante sensi, non contineri. Wie es in Bezug auf die Leistungspflicht des die actio redhibitoria anstellenden Käufers in l. 25. §. 8. de aed. ed. 21. 1. heißt:

iudici statim atque iudex factus est omnium rerum officium incumbit, quaecunque in iudicio versantur: ea autem quae ante iudicium contingunt non valde ad eum pertinent, nisi fuerint ei nominatim iniuncta, und wie nach l. 3. §. 13. ad exhib. 10. 4 bei der actio ad exhibendum der iudex per arbitrium sibi ex hac actione commissum an ſich zwar die vom Beklagten vorgeſchützten Einreden berückſichtigen darf, diejenigen aber, die altioris indaginis ſind, ad separatum, ad directum iudicium verweiſen muß, ſo kann hier der Richter, der über die rei vindicatio auf Herausgabe der res prolapsae zu erkennen hat, nicht einen vom Beklagten etwa geltend gemachten Erſatzanſpruch wegen damnum praeteritum berückſichtigen. Da alſo die Geltendmachung dieſes Anſpruchs durch Retentionseinrede dem Beklagten verſchloſſen war und in Ermangelung einer ſelbſtändigen Klage auf Schadenserſatz auch von einer Verweiſung ad directum iudicium nicht die Rede ſein konnte, ſo würde, wenn dem Eigenthümer ohne Weiteres die rei vindicatio gegeben worden wäre, der Verletzte kein Mittel gehabt haben, ſeinen Erſatzanſpruch durchzuführen. Daher iſt die Form, in welcher der Prätor dieſen Anſpruch des Beklagten berückſichtigt, die, daß er zugleich mit der Ertheilung der rei vindicatio ein iudicium gegen den Kläger giebt, welches gewiſſermaßen den Character einer mit jener Klage gleichzeitig ertheilten Widerklage oder Nachklage hat. Es iſt alſo materiell ein Einrederecht, welches wegen Unzuläſſigkeit der Verhandlung in dem Vindicationsproceß die Form einer ſelbſtändigen Klage annimmt.

Daß dies keine Singularität ſpeciell für den Fall des durch lebloſe Sachen verurſachten Schadens iſt, er-

giebt sich aus den Ausführungen Iherings[19]), wonach das Princip des ältern römischen Rechts „ein Proceß, eine Frage" wie für den Kläger, so auch für den Beklagten galt und letzterer in seiner Vertheidigung lediglich auf die vom Kläger angeregte Frage beschränkt und mit seinen selbständigen Gegenansprüchen auf ein besonderes Verfahren verwiesen wurde, so daß also die Vertheidigung die Gestalt einer Klage annahm[20]). Um eine Consequenz dieses Princips handelt es sich in unserm

19) Geist des röm. R. III. 1. §. 50—52. S. 21—23. 48 ff. Jahrb. f. Dogm. XII. 387.

20) Vgl. auch Dernburg Unters. über das Alter der einzelnen Bestimmungen des prätor. Edicts, in „Festgaben für A. W. Heffter" S. 127. 128.: Der Satz, daß es zur Zeit der Legisactionen keine Einreden im technischen Sinn gab, ist nicht so zu verstehen, als ob früher Einreden überhaupt kein Gehör gefunden hätten, vielmehr war nur, infolge des im ältern Recht herrschenden Strebens die Fragen zu theilen, nicht sie zu vereinigen, die actio, über welche der Richter zu befinden hatte, stets pura, so daß sie ihm nicht mit einer exceptio überwiesen werden konnte (Savigny Syst. V. S. 181. Keller Civilproc. §. 36.); über die Einrede mußte daher bereits vor Niedersetzung des iudicium entschieden werden. Nach Dernburg ist der historische Gang so zu denken, daß der Prätor zunächst mittelst eigner Cognition über die Richtigkeit der Einrede entschied und wenn sie sich begründet zeigte, die Klage verweigerte, während er später unter Zuhilfenahme eines Sponsionsverfahrens die Einrede zu besonderer und vorgängiger Entscheidung an einen iudex verwies, was dann dem Verfahren, wonach schließlich Klage und Einrede durch eine Formel vor einen iudex verwiesen wurden, den Weg bahnte.

Fall[21]). Im Lauf der Zeit ist aber das Princip gefallen, nach der Regel des spätern Rechts kann ein durch Klage verfolgbarer Anspruch auch im Weg der Einrede geltend gemacht werden, folglich bedarf es auch da, wo nur ein Einrederecht, nicht eine selbständige Klage besteht, nicht der Ertheilung einer Widerklage, wie sie noch Alfenus für nothwendig hält. Daher steht Neratius auf einem andern Standpunct: er knüpft die potestas tollendi für den Eigenthümer einfach an die Voraussetzung der vorgängigen Caution de damno praeterito, der iudex darf kraft seines Arbitrium die vorgeschützte Retentionseinrede berücksichtigen, irgend welche processualische Besonderheit besteht nicht mehr. Mit den Worten Julians in l. 7. §. 2. hätte er sagen können: non aliter permittendum quam ut omnia tolleret nec solum de futuro, sed et de praeterito damno cavere eum debere.

3. Damit ist das erschöpft, was sich in unserm Titel auf das damnum iam factum bezieht. Nur beiläufig sind diese Grundsätze erwähnt: das prätorische Edict handelt lediglich vom damnum infectum und das ist nach l. 2. h. t. damnum nondum factum quod futurum veremur. Das von Ulpian (libro 53. ad edictum) in l. 7. pr. referirte Edict lautet folgendermaßen:

Praetor ait: ‚damni infecti suo nomine promitti,

21) So auch Heise u. Cropp Jurist. Abhandl. I. S. 422. 423: „die in l. 9 §. 2. zugelassene Klage ist nur als Surrogat für ein Retentionsrecht gestattet, welches wegen der Beschränktheit der Formel nicht gleich anfangs geltend gemacht werden konnte."

alieno satisdari iubebo ei, qui iuraverit non calumniae causa id se postulare eumve cuius nomine aget postulaturum fuisse, in eam diem, quam causa cognita statuero. si controversia erit, dominus sit necne qui cavebit, sub exceptione satisdari iubebo. de eo opere, quod in flumine publico ripave eius fiet, in annos decem statisdari iubebo. eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo. in eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit quae mea est, cautum fuisset. eius rei nomine, in cuius possessionem misero, si ab eo, qui in possessione erit, damni infecti nomine [non] satisdabitur, eum, cui non satisdabitur, simul in possessione esse iubebo.'

Es ist bemerkenswerth, daß diese Edictsstelle darüber, unter welchen Voraussetzungen die cautio damni infecti zu leisten, auf welchen Fall das ganze Institut berechnet ist, nichts enthält. Bestimmungen darüber, in welchem Fall durch repromissio, in welchem durch satisdatio cavirt werden muß, über die der Stipulation zu inserirende Frist, während welcher das Versprechen den Caventen bindet, über die Folgen der Nichtleistung der Caution sowie des Widerstandes gegen die Realisirung der infolge der Nichtleistung der Caution verfügten missio in possessionem — aber nichts über die

Frage, unter welchen subjectiven und objectiven Voraussetzungen die Caution platzgreift. Und doch liegt in dem Begriff des damnum infectum nicht die geringste Andeutung, welches der Schaden ist, gegen den die Caution sichern soll[22]).

Der Umstand, daß der Prätor nur über die Art des Schutzes für den Fall des damnum infectum Bestimmungen trifft, deutet darauf hin, daß er diesen Begriff als einen fertigen, technischen, auf einen bestimmten Fall bezüglichen vorgefunden hat, so daß er ihn als einen allgemein bekannten voraussetzen durfte. Daß dem wirklich so ist, wissen wir durch Gaius IV. 31: es gab wegen damnum infectum schon eine legis actio, die auch nach der allgemeinen Aufhebung des Legisactionenverfahrens noch statthaft war und erst durch das vom

22) Zwar ist, wie die l. 4. §. 5. h. t. (Praetor ait: ‚dum ei, qui aberit, prius domum denuntiari iubeam') zeigt, das Edict in l. 7. pr. uns nicht vollständig mitgetheilt, aber offenbar enthält diese Stelle alle wesentlichen Puncte der prätorischen Bestimmung. Daß andere über den Fall, den dieser Edictstheil im Auge hat, hinausgehende Stipulationsformulare erwähnt werden (si quid arborum loci vitio acciderit l. 24. §. 9. h. t., si quid ibi ruet, scindetur, fodietur, aedificabitur l. 18. rat. rem hab. 46. 8.), beweist nicht, daß diese Fälle im Edict vorgesehen waren und daß die betreffenden Bestimmungen des Edicts uns fehlen: sie können und werden sich im Anschluß an den im Edict betonten Hauptfall und den daneben noch besonders hervorgehobenen Fall des opus in flumine publico durch die Praxis unter Vermittlung der Jurisprudenz herausgebildet haben.

Prätor eingeführte zweckmäßigere Rechtsmittel verdrängt wurde.

Der Fall aber, auf den sich die legis actio wie die spätere cautio damni infecti des prätorischen Edicts bezieht, der Hauptfall, an den im Zweifel immer zu denken ist, wenn von c. d. infecti gesprochen wird, ist der des durch Einsturz eines Gebäudes drohenden Schadens[23]). Welches ist der Gedanke, der hier der cautio damni infecti zu Grund liegt?

Während der durch positive Handlungen Schaden Verursachende haftet, falls ihn nur der Vorwurf einer Verschuldung trifft, ist an und für sich, abgesehen von besondern Obligationsverhältnissen, zu einer positiven Thätigkeit im Interesse Anderer Niemand verpflichtet: wegen einer Unterlassung, wodurch einem Andern ein Nachtheil erwächst, kann mithin Niemand in Anspruch genommen werden. Davon enthalten die bisher erörterten Grundsätze über damnum iam factum keine Abweichung. Von einer persönlichen Haftung des Eigenthümers wegen Mangel an Sorgfalt in Bezug auf Beaufsichtigung und Erhaltung seiner Sachen ist ja hier nicht die Rede: die schadende Sache muß entgelten und der Eigenthümer hat nur das Recht, die haftpflichtige

23) Zahlreiche Stellen in unserem Titel wie anderswo beweisen, daß dies als ganz selbstverständlich vorausgesetzt wird. Es genügt, die Wendung Ulpian's in l. 7. §. 1. 2. h. t. anzuführen: leblose Sachen können uns nicht mehr belasten als lebendige, zumal die letzteren ipsae extent, *aedes* autem *si ruina sua damnum dederunt*, desierint extare, daher die Frage, si *ante, quam caveretur, aedes deciderunt*, an sit aliqua adversus eum actio.

Sache durch Leistung der aestimatio zu lösen; giebt er dieselbe preis, so steht er außer jeder Beziehung zum Beschädigten. Stürzt also das infolge der Nachlässigkeit des Eigenthümers baufällig gewordene Haus ein, so kann der Verletzte auf Grund der Unterlassung der Reparatur keinen Ersatz verlangen: der allein zulässigen Retentionseinrede kann durch Dereliction der rudera der Boden entzogen werden[24]). Wäre es aber nicht unbillig, wenn in allen Fällen der Beschädigte sich mit den rudera begnügen müßte, die der Eigenthümer als werthlos oder doch in ihrem Werth der Höhe des zugefügten Schadens nicht gleichkommend preisgiebt? Soll der bedrohte Nachbar, wenn er die Gefahr des Einsturzes vor Augen hat und der Eigenthümer, von ihm darauf hingewiesen, doch nichts thut, um den drohenden Schaden abzuwenden, dazu verdammt sein, den Schaden über sich ergehen zu lassen? Macht der Eigenthümer, der seine Sache dem Untergang entgegengehen läßt in einer Weise, daß dadurch zugleich ein Andrer einem Vermögensnachtheil ausgesetzt wird, sich nicht seines Eigenthums unwerth? Der Gedanke ist dem römischen Recht nicht fremd. Male nostro iure uti non debemus, sagt Gajus (I. 53.) zur Begründung des Schutzes der Sclaven gegen die intolerabilis saevitia dominorum und der Beschränkung der prodigi: die ungemessene Ausübung der im Eigenthum liegenden Befugnisse, die verschwenderische Ausbeute der an sich gestatteten Genußformen führt zur Entziehung oder Beschränkung der Dis-

24) Evenit, ut nonnunquam damno dato nulla nobis competat actio — veluti si vicini aedes ruinosae in meas aedes ceciderint l. 6. h. t.

positionsbefugniß[25]). In ähnlicher Weise fordert hier die billige Rücksicht auf den nachbarlichen Verkehr wie auf das öffentliche Interesse, daß gegen die Folgen des Princips, nach welchem der Eigenthümer mit seiner Sache machen kann, was er will, eine Abhilfe gewährt wird. Es geschieht unter Aufrechterhaltung des Princips. Es wird nicht eine Klage auf Reparatur des baufälligen Hauses gegeben, noch weniger eine Klage auf Ersatz, wenn der drohende Schaden wirklich eingetreten ist: aber wie dort das Maßlose der positiven Thätigkeit zur Entziehung oder Beschränkung des Rechts führt, so begründet das Gegentheil, das gänzliche Verkommenlassen oder Nichtkümmern um Sachen in einer Weise, daß dadurch Schaden droht, für den Eigenthümer die Alternative, sich entweder darum zu kümmern oder ganz aus dem Verhältniß auszuscheiden. Das um die Sache sich Kümmern besteht aber nicht ohne Weiteres in Vornahme der Reparatur. Wenn der Eigenthümer die Baufälligkeit bestreitet, kann man ihm nicht zumuthen zu repariren, wo nichts zu repariren ist: im Fall eines solchen Widerspruchs läßt sich ohne Untersuchung nicht feststellen, ob der Nachbar wirklich Grund zur Besorgniß hat; gegen eine vorgängige Untersuchung sprechen aber mannichfache Gründe, namentlich der, daß vor Abschluß derselben der befürchtete Schaden eintreten könnte und dann wieder der Beschädigte hilflos wäre. Diese Schwierigkeit wird gelöst und für die Interessen beider Theile gesorgt durch das vom Prätor gegebene Mittel, die cautio damni infecti. Der Bedrohte kann vom

25) Vgl. Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverh. S. 155.

Eigenthümer des Gebäudes fordern, daß ihn derselbe wegen des angeblich drohenden Einsturzes sicherstelle durch das Versprechen der Schadloshaltung, falls die Besorgniß sich später als begründet erweisen sollte. Leugnet der Eigenthümer, daß diese Forderung durch die Sachlage gerechtfertigt sei, so wird darüber eine weitere gerichtliche Verhandlung nicht gepflogen. Hat der Eigenthümer mit seiner Behauptung, daß keinerlei Schaden drohe, Recht, so kann er die Caution ganz unbedenklich leisten, da ja dann factisch aus dem — auf bestimmte Zeit beschränkten — Versprechen des Schadenersatzes eine Verbindlichkeit nicht erwächst: eine Weigerung unter solchen Umständen würde sogar den Gedanken nahe legen, daß er selbst über die Möglichkeit des vom Gegner befürchteten Ereignisses nicht ganz ohne Zweifel ist. Ist aber wirklich Reparaturbedürftigkeit und Gefahr des Einsturzes vorhanden, so geschieht dem Eigenthümer dadurch, daß ihm die Verpflichtung zur Cautionsleistung aufgelegt wird, noch weniger Unrecht und der Kläger ist durch die geleistete Caution nach allen Richtungen gesichert: der der Gefahr der Ersatzleistung ausgesetzte Eigenthümer erhält einen Impuls die Baufälligkeit zu beseitigen und wenn der Impuls nicht mächtig genug ist und infolge seiner sorglosen Unthätigkeit der Schaden wirklich eintritt, so hat der Verletzte aus der geleisteten Caution eine Klage auf vollständigen Ersatz. — Die Cautionsleistung wird aber nicht direct erzwungen. Die Verpflichtung ist keine unbedingte und absolute: sie ruht auf dem Eigenthum, durch Preisgeben des Eigenthums kann man sich derselben entziehen. Es wird vollständig in das Ermessen des Eigenthümers gestellt, ob er sich seiner Sache — zwar nicht sofort durch Vornahme der Repa-

ratur, aber doch durch Eingehen der stipulatio praetoria — annehmen oder ob er sie als unwerth einer Reparatur und der Uebernahme der Gefahr einer Ersatzleistung preisgeben will[26]).

Nicht blos für den Fall des damnum iam factum (l. 7. §. 1. 2. h. t.), auch für den des damnum infectum wird in den Quellen die Analogie der actiones noxales herbeigezogen. Wie der mit der Noxalklage Belangte die Wahl hat, ob er die defensio des caput noxium übernehmen oder durch Ausscheiden aus seinem bisherigen Verhältniß zur schadenden Sache sich von der Defensionspflicht befreien will, so steht der Eigenthümer im Fall des damnum infectum vor der gleichen Alternative. Wie es in l. 33. de nox. act. 9. 4. heißt: noxali iudicio invitus cogitur nemo alium defendere, sed carere debet eo quem non defendit, so sagt Julian in l. 9. pr. h. t.: unusquisque cogitur aut de damno infecto cavere aut aedibus carere, quas non defendit[27]). Dem iudicium suscipere bei der Noxalklage entspricht das Uebernehmen einer Verpflichtung durch Eingehen der praetoria stipulatio, in beiden Fällen ist die Weigerung ein non defendere und die Folge derselben ein carere der schadenden oder schadendrohenden Sache. Aber die Gleichheit zwischen den Noxalklagen und dem damnum infectum ist keine durchgreifende, für den Fall der Uebernahme wie der Ablehnung der defensio tritt ein Unterschied hervor. Ueber-

26) Vgl. l. 9. (10.) §. 1. de neg. gest. 3. 5.

27) Vgl. auch l. 30. de nox. act. coll. l. 19. pr. h. t., l. 23. de pecul. 15. 1. l. 35. §. 3. l. 36. de procur. 3. 3.

nimmt der Beklagte die defensio, so ist dadurch bei der actio noxalis die Möglichkeit der nachträglichen noxae datio nicht ausgeschlossen: er kann, wenn ihm während des Processes klar wird, daß sein Sclave wirklich das Delict begangen hat, der Condemnation durch noxae datio entgehen, ja das Urtheil wird noch alternativ auf Leistung des Schadensersatzes oder noxae datio gestellt und erst die actio iudicati geht auf Ersatz ohne Befugniß der noxae datio; beim damnum infectum hingegen ist durch Eingehen der Stipulation eine definitiv bindende Obligation zur Entstehung gekommen, die nachträglich durch Dereliction des Eigenthums nicht wieder beseitigt werden kann; vorher handelte es sich allerdings nur um eine auf dem Eigenthum ruhende und mit dem Aufhören des Eigenthums erlöschende Pflicht, durch Leistung der Caution ist aber eine gewöhnliche Contractsobligation entstanden[28]). Nicht minder zeigt sich eine mit jener ersten zusammenhängende Verschiedenheit zwischen beiden Fällen dann, wenn der Beklagte die defensio ablehnt. Will derselbe bei der Noxalklage nicht defendiren und auch nicht freiwillig noxae geben, so erfolgt ohne Weiteres duci iubere. In der That ist hier nichts zu überlegen: was ihn über sein Verhalten zweifelhaft machen kann, ist nur die Frage, ob sein Sclave wirklich das Delict begangen hat, und das würde er durch Uebernahme des iudicium feststellen können, ohne daraus, da er ja auch nach Uebernahme des Processes noch immer das Recht der noxae datio hat, irgend einen Nachtheil befürchten zu müssen; verzichtet er darauf durch sein non defen-

28) S. unten Ziff. 37. i. Anf.

dere, so betrachtet er diese Frage als entschieden und dann bleibt ihm eben nichts übrig, als Ersatz zu leisten oder noxae zu geben: wenn er keins von beiden thut, dann muß er sich das duci jubere, das Entziehen des Eigenthums sofort gefallen lassen. Anders liegt die Sache beim damnum infectum. Allerdings kann der Belangte, wenn er die Caution nicht zu leisten entschlossen ist, sofort erklären, daß er die aedes vitiosae derelinquire, und damit ist seine lediglich auf dem Eigenthum ruhende Pflicht erloschen, ganz so wie bei freiwilliger noxae datio ad evitandum judicium. Aber diese sofortige Erklärung ist hier doch selten, er kann non defendere d. h. die Caution nicht leisten und doch die Derelictionserklärung nicht abgeben. Ein Schaden ist hier noch nicht eingetreten, er wird nur befürchtet, und ob er überhaupt eintreten wird, ist mindestens zweifelhaft: die Verweigerung der defensio kann ihren Grund auch darin haben, daß der Eigenthümer meint, es drohe von seiner Sache gar kein Schaden. Hier wäre es unbillig, wenn der Eigenthümer sofort vor die Alternative cavere aut aedibus carere gestellt würde. Daher kommt es, wenn der Beklagte weder cavirt noch freiwillig sein Eigenthum aufgiebt, nicht — entsprechend dem duci iubere — zur sofortigen Uebertragung seines Rechts auf den Kläger, sondern zunächst zu einer Zwischenmaßregel, zur missio in possessionem ex primo decreto: der Kläger wird in den factischen Besitz der angeblich schadendrohenden Sache neben dem Eigenthümer gesetzt mit der Befugniß durch eigene Thätigkeit auf jenes Kosten sich gegen den befürchteten Schaden zu schützen und sich in dem Besitz zu behaupten, bis ihm die aufgewandten Kosten vergütet werden bezüglich

wegen des drohenden oder nunmehr eingetretenen Schadens Sicherheit oder Ersatz geleistet wird. Wenn nun aber auch aus dem angegebenen Grund die Folge des Nichtcavirens nicht der sofortige Verlust des Eigenthums ist, so kann es doch bei dem durch die missio ex primo decreto geschaffenen Verhältniß nicht bewenden. Der Eigenthümer hat während der Detention des missus Zeit genug gehabt sich zu überzeugen, ob das Haus wirklich reparaturbedürftig ist, und zu überlegen, ob er caviren oder derelinquiren will. Daß er keins von beiden will, geht nicht an. Ist — was der Prätor zu beurtheilen hat — genügende Zeit verflossen, ohne daß er sich für Leistung der Caution entschieden hat, so wird das Resultat herbeigeführt, wie wenn er sich für die Dereliction entschieden hätte: es erfolgt jetzt, entsprechend dem duci iubere beim servus noxius, die missio ex secundo decreto, wodurch der missus das Eigenthum an dem schadendrohenden Gebäude erlangt[29]). — Denkbar wäre an sich auch ein Andres, daß nämlich, wenn der Cautionspflichtige weder ausdrücklich derelinquirt noch cavirt, die Caution als geleistet fingirt würde[30]). Als Regel aber konnte das nicht aufgestellt werden, denn die Verpflichtung zur Caution ruht doch eben nur auf dem Eigenthum und es würde, da ja die Dereliction ohne Mittheilung an den Gegner stattgefunden haben kann, die Fiction der Cautionsleistung möglicherweise den Nichteigenthümer treffen, und auf das

29) Vgl. unten Ziff. 39.

30) So ist es, aus besonderen Gründen, nach dem Recht der Lex Rubria. Vgl. den folgenden §. S. auch unten Ziff. 52.

bloße Nichtanzeigen der Dereliction konnte ein solcher Nachtheil nicht gesetzt werden. Der Schluß: der Pflichtige cavirt nicht ausdrücklich, also will er nicht caviren, sondern derelinquiren, bezüglich sich in die Folge, die überall beim non defendere eintritt, daß er nämlich aus seinem Verhältniß zu der zu defendirenden Sache gesetzt wird, fügen, ist offenbar begründeter als der andere: er derelinquirt nicht ausdrücklich, also will er caviren und muß als cavirend behandelt werden. Nur dann findet eine Ausnahme statt, wenn durch den vor erfolgter ausdrücklicher Entscheidung eingetretenen Einsturz des Gebäudes die Wahl zwischen Dereliction und Caution gar zu leicht gemacht sein würde: der Eigenthümer würde dann natürlich zum Nachtheil des Verletzten die Dereliction vorziehen, mit der ausdrücklichen oder fingirten Dereliction ist dem Verletzten hier meist nichts genützt, hier kann die Caution als geleistet fingirt werden[31]).

4. Der bisher besprochene Fall ist der Hauptfall der cautio damni infecti: damnum infectum per eminentiam ist der durch den Einsturz von aedes vitiosae drohende Schaden. Hiergegen Schutz zu gewähren ist die Caution vorzugsweise bestimmt, bei wirklicher Leistung derselben ist man geschützt durch den damit begründeten klagbaren Anspruch auf Ersatz, bei Nichtleistung durch die Erlangung der factischen und rechtlichen Gewalt über die schadendrohende Sache und die Befugniß, durch eigne Vorkehrungen den Schaden abzuwenden.

Hierauf ist jedoch die Anwendung der cautio

31) Vgl. unten §. 1681. und §. 1682 Ziff. 52.

damni infecti nicht beschränkt. Zunächst ist ihr Anwendungsgebiet insofern ein weiteres, als sie auch wegen andrer opera solo coniuncta, wegen sonstiger Anstalten, auch wegen schadendrohender Bäume gefordert werden kann. In allen diesen Fällen handelt es sich aber doch immer um die gleiche Ursache des Schadens, um einen Schaden durch leblose Sachen ohne positive Einwirkung eines Menschen, vermittelt vielmehr durch die Unthätigkeit des Eigenthümers, insofern als er das schadendrohende Object nicht beseitigt. Während nach den Principien des strengen Rechts aus einem solchen non facere eine Verbindlichkeit nicht entspringt, wird aus Rücksichten der Billigkeit gegen den von leblosen Sachen drohenden Schaden, der durch die Thätigkeit des Eigenthümers abgewendet werden könnte, durch das Institut der cautio damni infecti eine Hilfe gewährt.

Nun greift aber diese Caution auch in Fällen platz, wo ein Schaden für ein Grundstück nicht durch eine leblose Sache, sondern durch die Thätigkeit eines Menschen droht. Auch dieser Anwendungsfall der Caution hat zur Voraussetzung, daß das Verhalten des Gegners an sich ein rechtlich erlaubtes ist. Wegen formell rechtswidriger Handlungen ist der Thäter einer Klage, sei es auf Unterlassung der Störung, sei es auf Ersatz des Schadens, ausgesetzt. Aber es kann eine Handlung formell vollkommen erlaubt sein und doch die unbeschränkte Gestattung derselben gegen die Anforderungen der Billigkeit verstoßen. Die Rücksichtnahme auf die Billigkeit führt, wenn auch nicht zur Untersagung der Vornahme der Handlung, doch dazu, daß unter Anerkennung ihrer Zulässigkeit die in ihrem Gefolge drohende unbillige Beeinträchtigung möglichst ver-

mieden und wenn doch eintretend wieder beseitigt werden soll. Der Vermittlung zwischen dem strengen Recht, welches eine Handlung ohne Rücksicht auf ihre Folgen gestattet, und der Billigkeit, welche Schutz gegen die unbilligen Folgen erheischt, dient wieder die cautio damni infecti.

Bei diesem Falle des durch eine positive Handlung drohenden Schadens sind zwei Unterfälle zu unterscheiden: *facere in alieno*, sei es *in privato* oder *in publico*, und *facere in suo*.

Eine Anwendung der Caution beim *facere in alieno* und zwar in alieno *privato* haben wir schon bei der Betrachtung der hinsichtlich des damnum iam factum geltenden Grundsätze kennen gelernt. Der Eigenthümer der auf das Nachbargrundstück gestürzten rudera und der vi fluminis importata hat die potestas tollendi und wird durch ein prohibitorisches Interdict geschützt, aber das tollere wird ihm nur gestattet und der Schutz nur gewährt, wenn er de damno infecto repromittit. Derartige Fälle, wo Jemand auf einem fremden Grundstück etwas vorzunehmen an und für sich berechtigt ist, aber wegen der mit dieser Handlung möglicherweise verbundenen nachtheiligen Einwirkung auf das Grundstück dazu nicht eher zugelassen wird, als bis er wegen des eventuellen Schadens cavirt hat, finden sich in den Quellen in großer Anzahl, während sie gerade in dem Titel, der ex professo vom damnum infectum handelt, verschwindend sind gegenüber dem Hauptfall des durch den Einsturz eines Hauses drohenden Schadens. Sie lassen sich auf zwei Kategorien zurückführen: entweder ist man infolge eines dinglichen oder infolge eines persönlichen Rechts zum facere in alieno be-

rechtigt. In beiden Fällen kann auf Vornehmendürfen der Handlung gegen den dieselbe hindernden Eigenthümer geklagt werden, aber die Voraussetzung für die Gestattung der Klage ist eben die, daß der Kläger die cautio damni infecti leistet: es bedarf also regelmäßig nicht eines selbständigen Antrags von Seiten des Bedrohten, sondern der Anspruch auf Cautionsleistung wird als Einrede geltend gemacht und die Folge der Verweigerung der Caution ist die denegatio actionis, nicht eine missio in possessionem[32]). Hingegen stimmen diese Fälle wie auch der des facere in suo mit dem Hauptfall der aedes ruinosae darin überein, daß der drohende Schaden, der lediglich als eine Consequenz des nach formellen Grundsätzen Gestatteten erscheint und darum von dem dadurch Bedrohten an sich ertragen werden müßte, doch nach den Grundsätzen der Billigkeit zu dem Anspruch auf Sicherstellung gegen denselben führt: dort kein Zwang zur Vornahme dessen, was man zu unterlassen, hier kein Zwang zum Unterlassen dessen, was man zu thun berechtigt ist, dort wie hier aber die Verpflichtung, daß man die Consequenzen seines Verhaltens zu tragen und die Haftung für den dadurch verursachten Schaden zu übernehmen hat. Ueberall also beruht die cautio damni infecti auf dem Princip der aequitas, auf dem Bestreben, die Rechtsconsequenz mit den Forderungen der Billigkeit in Einklang zu bringen.

Die erste Kategorie — cautio damni infecti bei einem infolge dinglichen Rechts erlaubten facere in alieno — wird hauptsächlich durch die Fälle gebildet, wo Jemand kraft einer Servitut auf dem Grundstück

32) Vgl. unten Ziff. 13. 34. 38.

eines Andern zu einer baulichen Vorrichtung berechtigt ist. Wenn bei dieser Thätigkeit den Eigenthümer des Grundstücks ein Nachtheil trifft, ohne daß der Handelnde die Grenzen seiner Befugniß überschreitet, ohne daß ihm also eine Verschuldung zur Last gelegt werden kann, so ist eine Klage auf Ersatz des dadurch zugefügten Schadens an sich nicht begründet: qui iure suo utitur neminem laedit. Und doch erscheint es, wenn die Befugniß zu dieser Verletzung — die dann natürlich keine Rechtsverletzung wäre — nicht geradezu den Inhalt des Rechts bildet, unbillig, daß eine derartige Folge der Ausübung des Rechts erduldet werden muß: die Ausübung wird nur gestattet gegen das Versprechen des Ersatzes des eventuellen Schadens.

l. 30. h. t. Damni infecti stipulatio pertinet etiam, si quid eius operis, quod in fundo meo aquae ducendae causa fit, vitio damnum mihi contigerit: solet enim opus in alieno fieri, cum iure servitutis, quam quis habet alieno agro impositam, opus in alieno faciat. — — Quod dictum est ‚aquae ducendae causa' exempli gratia scriptum est: ceterum ad omnia opera stipulatio accommodabitur.

l. 3. §. 11. de itin. actuque priv. 43. 19. Ait praetor: ‚Quo itinere actuque hoc anno non vi non clam non precario ab alio [illo] usus es quo minus id iter actumque, ut tibi ius esset [est], reficias, vim fieri veto. qui hoc interdicto uti volet, is adversario damni infecti, quod per eius [scil. operis] vitium datum sit, caveat.'

l. 1. pr. l. 3. §. 9. de rivis 43. 21. Praetor

ait: ‚Rivos specus septa reficere purgare aquae ducendae causa quominus liceat illi — vim fieri veto.‘ — De damno quoque infecto cavere eum debere minime dubitari oportet.

l. 1. pr. §. 12. 14. de cloac. 43. 23. Praetor ait: ‚Quo minus illi cloacam quae ex aedibus eius in tuas pertinet, qua de agitur, purgare reficere liceat, vim fieri veto. damni infecti, quod operis vitio factum sit, caveri iubebo.‘ — Unde Fabius Mela scribit competere hoc interdictum, ut in vicini aedes veniat et rescindat pavimenta purgandae cloacae gratia. verendum tamen esse Pomponius scribit, ne eo casu damni infecti stipulatio committatur. sed haec stipulatio non committitur, si paratus sit restaurare id, quod ex necessitate reficiendae cloacae causa resciderat. — Sed et damni infecti cautionem pollicetur, si quid operis vitio factum est: nam sicuti reficere cloacas et purgare permittendum fuit, ita dicendum [edicendum], ne damnum aedibus alienis detur.

Umfaſſender iſt die zweite Kategorie. Es giebt eine große Reihe von Fällen, wo Jemand, ſei es aus einem Contractverhältniß, ſei es infolge geſetzlicher Beſtimmung, das perſönliche Recht hat, auf einem fremden Grundſtück etwas holen oder eine ſonſtige Thätigkeit vornehmen zu dürfen, die Ausübung dieſes Rechts aber gegen den dieſelbe hindernden Eigenthümer nur dann durch Klage erzwingen kann, wenn er zuvor wegen damnum infectum cavirt. Es gehören hierher außer den

schon betrachteten l. 7. §. 2. und l. 9. §. 1. h. t. insbesondere folgende Stellen:

l. 9. §. 1. ad. exhib. 10. 4.: — — interdicto de glande legenda, ut mihi tertio quoque die legendae glandis facultas esset, uti potero, si damni infecti cavero.

l. 15. eod.: Thesaurus meus in tuo fundo est nec eum pateris me effodere — —. non esse autem iniquum iuranti mihi non calumniae causa id postulare vel interdictum vel iudicium ita dari, ut, si per me non stetit, quo minus damni infecti tibi operis nomine caveatur, ne vim facias mihi, quo minus eum thesaurum effodiam tollam exportem.

l. 5. de aqua pluv. 39. 3. Si colonus insciente domino opus fecerit, ex quo aqua vicino noceat, — dominum aquae pluviae arcendae actione teneri — : sed patientiam dumtaxat eum praestare debere, si ei damni infecti stipulatione caveatur.

l. 19. §. 4. loc. 19. 2. Si inquilinus ostium vel quaedam alia aedificio adiecerit, quae actio locum habeat? et est verius quod Labeo scripsit competere ex conducto actionem, ut ei tollere liceat, sic tamen, ut damni infecti caveat ne in aliquo dum aufert deteriorem causam aedium faciat, sed ut pristinam faciem aedibus reddat.

Hier ist wie in den Fällen der ersten Kategorie überall die Leistung der cautio damni infecti die Bedingung für das facere in alieno, der Schutz gegen etwaige Verhinderung der an sich erlaubten Handlung.

ist von vorheriger Sicherheitsbestellung hinsichtlich des aus derselben befürchteten Schadens abhängig.

Das, was für den Fall der Vornahme einer solchen Handlung auf einem fremden Privatgrundstück gilt, gilt in gleicher Weise bei einem *facere in publico*: auch dies ist ein facere in alieno[33]). Wer eine einen Privaten benachtheiligende Handlung in publico vornimmt, setzt sich einem prohibitorischen, unter Umständen auch einem restitutoirschen Interdict aus; andererseits ist die Vornahme gewisser Handlungen in publico gestattet und der Handelnde genießt des Schutzes durch prohibitorische Interdicte gegen etwaige Behinderungen von Seiten Dritter: auch dies erlaubte facere in publico soll aber ohne Beeinträchtigung Anderer geschehen. Es sind das die Interdicte de via publica et itinere publico reficiendo und de ripa munienda. Ihnen gegenüber kann der Beklagte vorschützen, daß die betreffende Handlung ihm einen Nachtheil drohe: die Ertheilung des Interdicts wird dann abhängig gemacht von der vorherigen Leistung der cautio damni infecti. Das prätorische Edict in l. 7. pr. h. t. hebt einen dieser Fälle ausdrücklich hervor, indem es die Zeit, während welcher die Caution bindet, bestimmt:

> De eo opere, quod in flumine publico ripave eius fiet, in annos decem satisdari iubebo

und diese Cautionsleistung ist eben die Bedingung für das Interdict zum Schutz der Thätigkeit:

> l. 1. pr. de ripa mun. 43. 15. Praetor ait: Quo minus illi in flumino publico ripave eius opus facere ripae agrive qui circa ripam est tuendi

33) l. 15. §. 2. 9. h. t.

causa liceat, dum ne ob id navigatio deterior fiat, si tibi damni infecti in annos decem viri boni arbitratu vel cautum vel satisdatum est, — vim fieri veto.

Die gleiche Voraussetzung besteht für jede an sich erlaubte und geschützte Thätigkeit in loco publico:

l. 15. §. 6. 8. 9. h. t. Si quid in via publica fiat, quia in alieno fit, satisdandum est. — Sive autem quis muniat viam sive quid aliud in via publica faciat, debebit cautio locum habere, ne per hoc damno privati contingantur. — De ceteris locis publicis nihil specialiter cavetur, verum ex generali sermone, quasi in alieno fiat, satisdari debebit damni infecti.

Aber nicht blos wegen des facere in alieno, auch wegen einer schadendrohenden Thätigkeit *in suo* kann der Handelnde zur Cautionsleistung verpflichtet sein.

Nach dem strengen Eigenthumsbegriff darf der Eigenthümer, wenn auch daraus dem Nachbar ein Nachtheil erwächst, auf seinem Grundstück nach Belieben thätig werden, vorausgesetzt nur, daß er sich innerhalb seines Gebiets hält und nicht in die Eigenthumssphäre des Andern hinübergreift. Liegt eine wirkliche immissio in alienum vor, so ist natürlich — außer in den Fällen, wo infolge einer sog. gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung ein derartiger Uebergriff geduldet werden muß — die actio negatoria gegen ihn begründet. Hingegen den aus einer Thätigkeit des Eigenthümers in suo ohne wirkliche Immission etwa resultirenden Nachtheil muß sich der Nachbar an sich gefallen lassen, ohne ein Schutzmittel dagegen zu haben. Wem durch einen Bau auf dem Nachbargrundstück das Licht und die Aussicht ent-

zogen wird, der hat auf Grund seines Eigenthums keinen Anspruch auf Beseitigung der Anlage oder auf Ersatz. Nun würde aber auch hier in manchen Fällen die ungehinderte Gestattung einer die Interessen des Nachbars schädigenden Ausübung des Eigenthums gegen die Forderungen der Billigkeit verstoßen: die Rücksicht auf das nachbarliche Verhätniß erheischt auch hier eine Abhilfe. Zwar wird der Eigenthümer nicht in der Vornahme der betreffenden Handlung gehindert, es wird ihm nicht eine aus dem Eigenthum fließende Befugniß entzogen, aber er soll, wenn er ohne Rücksicht auf den Nachbar zu nehmen sein Eigenthumsrecht ausüben will, demselben wegen des aus diesem Verhalten für ihn zu befürchtenden Schadens cautio damni infecti leisten. Freilich nicht in allen Fällen: nicht da, wo durch die Thätigkeit des Eigenthümers in suo dem Nachbar nur ein bisher factisch genossener Vortheil, auf dessen Bestehen derselbe ein concret begründetes Recht nicht hat, entzogen werden würde. Dieser Anspruch ist vielmehr nur da begründet, wo der durch die an sich erlaubte Handlung drohende Schaden sich auf einen rechtlichen Zustand bezieht, der nicht infolge äußerer Zufälligkeiten, sondern kraft eines rechtlichen Verhältnisses besteht, eines Verhältnisses, dessen Beeinträchtigung an sich eine Klage erzeugen würde, wenn nur nicht eben die beeinträchtigende Handlung nach formellem Recht ganz erlaubt wäre. Ein Beispiel für Fälle der ersteren Art ist das Verbauen des Lichts durch ein vom Nachbar aufgeführtes Gebäude, das Entziehen des Wassers dadurch, daß der Nachbar auf seinem Grundstück gräbt und die den Nachbarbrunnen speisenden Wasseradern abschneidet. Daß mein Haus bisher reichliches Licht, mein Brunnen Wasser hatte, ist

nicht eine Folge meines Eigenthumsrechts, sondern beruht einfach darauf, daß mein Nachbar bisher kein Gebäude aufgeführt und keinen Brunnen gegraben hatte. Das Verhältniß war nur ein factisches, kein rechtliches. Zum Schutz desselben die cautio damni infecti geben würde nichts Anderes heißen, als ein factisches Verhältniß auf Kosten eines rechtlichen schützen. Anders in dem Fall, wenn der Nachbar nahe an der Grenze meines Grundstücks so tief auf dem seinigen gräbt, daß infolge davon mein Haus einzustürzen droht. Das Stehen des Hauses auf dem Grundstück ist ein rechtliches Verhältniß, ein Ausfluß meines Eigenthumsrechts: beeinträchtigt der Nachbar durch seine Handlungsweise dieses Verhältniß, ohne doch wirklich in meine Eigenthumssphäre herüberzugreifen, so kann ich zwar nicht auf Grund meines Eigenthums auf Unterlassung der Handlung klagen, aber aus Billigkeitsrücksichten wird mir der Anspruch auf cautio damni infecti gegeben[34]). Hier handelt es sich um einen wirklichen Schaden im Rechtssinn, eine deminutio patrimonii, um Entziehung von etwas, was man rechtlich im Vermögen hatte, in jenen Fällen um Entziehung eines Vortheils, den man infolge der Unthätigkeit des Andern bisher factisch gehabt, auf dessen Fortdauer man aber einen rechtlichen Anspruch nicht hat.

Dieser Unterschied wird in l. 24. §. ult. l. 26. h. t. von einer Reihe von Juristen mit voller Deutlichkeit hervorgehoben[35]).

34) Vgl. unten Ziff. 16. 17.

35) Allerdings wird hier nicht die Frage erörtert, in welchen Fällen die c. d. infecti gefordert werden könne, sondern die andere, wann die Stipulation verfällt, wann

l. 24. §. ult. Item videamus, quando damnum dari videatur: stipulatio enim hoc continet, quod vitio aedium loci operis damnum fit. ut puta in domo mea puteum aperio, quo aperto venae putei [tui] praecisae sunt: an tenear? ait Trebatius non teneri me damni infecti: neque enim existimari operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua iure meo usus sum. si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur.

l. 26. Proculus ait, cum quis iure quid in suo faceret, quamvis promisisset damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione: veluti si iuxta mea aedificia habeas aedificia eaque iure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces: quamvis enim et hic aquam mihi abducas et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti [scrib. uti [36])] lucro, quo adhuc ute-

ein durch das Versprechen des Schadensersatzes umfaßter Schaden vorliegt. Beide Fragen decken sich aber insofern, als auch aus der geleisteten Caution eine Klage nicht zusteht, falls der Schaden ein solcher ist, hinsichtlich dessen die Caution nicht hätte gefordert werden können l. 24. §. 2. h. t.: nec ea stipulatio interponitur neque interposita committetur. Vgl. Ziff. 10. bei Anm. 9.

36) Diese Conjectur, für welche Mommsen Krüger citirt, findet sich schon in den Noten Gothofreds.

batur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur. mihi videtur vera esse Proculi sententia.

Der Sinn dieser Stellen kann nicht zweifelhaft sein. Der durch facere in suo dem Nachbar Licht und Wasser Entziehende haftet aus der wegen seines facere geleisteten stipulatio damni infecti nicht und demnach kann in dem Fall, wo aus dem facere in suo ein derartiger Nachtheil erst befürchtet wird, die Caution nicht gefordert werden, aus dem Grund, weil hier ein Schaden im Rechtssinn gar nicht in Frage steht[37]), während dies bei dem tam alte fodiri ut paries stare non possit anders ist. Zweifelhaft und bestritten ist aber der Sinn der zwischen l. 24. und l. 26. eingeschobenen Stelle von Paulus (lib. 78. ad edictum):

l. 25. Trebatius ait etiam eum accipere damnum, cuius aedium luminibus officiatur.

Sie scheint der ersten Entscheidung, wonach das Entziehen eines bisher nur factisch genossenen Vortheils nicht als damnum aufzufassen ist, direct zu widersprechen. An eine Meinungsverschiedenheit zwischen Ulpian und Proculus einerseits und Paulus und Trebatius andrerseits kann nicht gedacht werden, schon deßhalb nicht, weil Trebatius selbst nach dem Referat Ulpians in l. 24. §. ult. für den ganz gleichstehenden Fall des Abschneidens der Wasseradern die Unzulässigkeit der actio ex stipulatu anerkennt. Der scheinbare Widerspruch hebt sich, wenn man den Ausspruch des Trebatius in

37) Vgl. auch l. 1. §. 21. de a. pl. a. 39. 3. l. 3. §. 2 eod. und dazu unten Ziff. 17. Anm. 7.

l. 25. nicht wie den in l. 24. §. ult. von einem facere in suo, sondern von einem facere in publico versteht. Das Letztere ist nur gestattet, wenn es ohne Benachtheilung Anderer vorgenommen wird[38]), fürchtet Jemand daraus eine Benachtheiligung, so steht ihm das prohibitorische Interdict ne quid in loco publico zu. Das in der Formel dieses Interdicts geforderte damnum (qua ex re quid illi damni detur l. 2. pr. ne quid in l. publ. 43. 8.) wird nun in l. 2. §. 11. D. 43. 8. dahin bestimmt: damnum autem pati videtur, qui commodum amittit, quod ex publico consequebatur, qualequale sit. Die in den folgenden Paragraphen angeführten Beispiele zeigen, daß der Begriff des damnum hier in der That ein weiterer ist und auch das Entziehen eines nur factisch genossenen Vortheils wie das Verbauen von Licht und Aussicht darunter fällt[39]), während wieder in dem Fall, wo in loco publico so gebaut wird, ut ea, quae ex meo ad te nullo iure defluebant, desinant fluere, das Interdict versagt wird. Wenn nun Jemand eine derartige schadendrohende Handlung in publico vornehmen will und der dadurch Bedrohte statt sie mit dem Interdict zu hindern ihre Vornahme gegen Leistung der cautio damni infecti gestattet, so umfaßt natürlich das Versprechen des Schadenser-

38) In his (flumina publica, viae publ., litora) licet cuilibet aedificare et destruere, dum tamen hoc sine incommodo cuiusquam fit l. 24. pr. h. t.

39) L. 2. §. 12. 14. Proinde si cui prospectus, si cui aditus sit deterior aut angustior, interdicto opus. — Plane si aedificium hoc effecerit, ut minus luminis insula tua habeat, interdictum hoc competit.

satzes den Schaden in demselben Umfang wie das Interdict: auch das Verbauen des Lichts ist dann ein Schaden, der mit der actio ex stipulatu auf Grund jenes Versprechens geltend gemacht werden kann. Für diesen Fall ist es ganz richtig, wenn Trebatius sagt, etiam eum accipere damnum, cuius aedium luminibus officiatur. Es liegt nahe, gegen diese offenbar allen Widerspruch beseitigende Erklärung einzuwenden, daß doch in l. 24. §. ult. und in l. 26. nur von Fällen des facere in suo gesprochen werde und das Einschieben einer vom facere in publico handelnden Stelle als höchst auffallend erscheinen müsse. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß in jenen Stellen keineswegs der Fall des facere in suo ex professo zum Gegenstand der Besprechung gemacht ist; vielmehr handelt es sich lediglich um die Frage, quando damnum dari videatur, wann ein den Verfall der Stipulation herbeiführender und die actio ex stipulatu begründender Schaden vorliege. Diese Frage bot besondere Schwierigkeit in dem Fall, wo der bei der Vornahme der Handlung in der Ausübung seines Rechts Befindliche dem Stipulator einen Nachtheil zufügt: ist auch das Entziehen eines factischen Vortheils oder nur die Verletzung eines rechtlichen Verhältnisses als damnum aufzufassen? Ulpian und die von ihm citirten Juristen leugnen bei einem facere in suo das Erstere, Trebatius sagt, daß auch das Entziehen eines factisch genossenen Vortheils ein damnum sei, natürlich nicht im Fall des facere in suo, für den er es selbst geleugnet hat, sondern er erwähnt nur, daß dies überhaupt möglicherweise als damnum in Betracht kommen könne, und der Fall, in dem dies wirklich zutrifft, ist eben der des facere in publico. Eine äußere

Bestätigung für die Richtigkeit dieser Auffassung der l. 25. ist aus einer Vergleichung derselben mit l. 31. h. t. zu entnehmen. Beide sind aus demselben Werk des Paulus, lib. 78 ad edictum, und die l. 31. pr. lautet: Qui vias publicas muniunt, sine damno vicinorum id facere debent; hierfür mag Paulus den Ausspruch des Trebatius citirt haben, der von den Compilatoren in die allgemeine Erörterung Ulpians über die Frage quando damnum dari videatur eingeschoben ist.

Bei dem in l. 24. §. ult. h. t. erwähnten Fall des facere in suo (tam alte fodire), das einen Anspruch auf die c. d. infecti giebt, ist das facere eine Handlung, welche, indem sie eine Veränderung des bisherigen Zustands bezweckt, zu einem bestimmten Resultat führt und dann als facere aufhört. Der Schaden droht hier einerseits durch die Thätigkeit als solche, während ihrer Vornahme, andrerseits durch das Resultat der beendeten Thätigkeit: der Einsturz meiner Mauer ist die Folge der Handlung des Grabens bezüglich der Existenz der durch das Graben entstandenen Vertiefung. Dieser Umstand, daß sowohl der Gesichtspunkt des Schadens durch facere als der des Schadens durch den infolge der Thätigkeit entstandenen Zustand des Grundstücks, also durch eine leblose Sache, in Betracht kommen kann, ist wichtig, weil das in Bezug auf die Person des Cautionspflichtigen wie auf das Mittel zur Erzwingung der cautio damni infecti von Einfluß ist. Vgl. unten Ziff. 13. 14. 15. i. A.

Es giebt nun aber auch ein facere in suo, welches in einer den jetzigen Zustand dieses Grundstücks nicht ändernden Thätigkeit besteht, wo es sich nicht um

die Herstellung eines neuen opus, sondern um die Benutzung eines schon vorhandenen opus handelt, eben diese fortdauernde Benutzung aber dem Nachbar Schaden droht[40]). Auch hier kann, natürlich unter der gleichen Voraussetzung, daß der Nachtheil nicht blos in Entziehung eines factisch genossenen Vortheils besteht, cautio damni infecti gefordert werden[41]). Gerade diese Fälle sind außerordentlich wichtig. Wenn z. B. in dem Nachbarhaus ein Gewerbe betrieben wird, welches durch die mit dem Betrieb verbundenen fortwährenden Erschütterungen die Mauern meines Hauses schadhaft macht, so kann ich, da hier ein directer Eingriff in meine Eigenthumssphäre nicht vorliegt und von einer culposen Rechtsverletzung nicht die Rede ist, eine actio negatoria so wenig wie eine actio legis Aquiliae anstellen, aber die c. d. infecti, die ich in einem solchen Fall zu fordern berechtigt bin, gewährt mir genügenden Schutz.

Es gehören hierher folgende Stellen:

l. 24. §. 7. h. t. Praeterea si furni nomine damni infecti fuerit cautum, deinde furnarii culpa damnum datum fuerit, non venire in hanc stipulationem plerisque videtur.

Hier ist von einer wegen mangelhafter Beschaffenheit eines Backofens geleisteten Caution die Rede: tritt dann der Schaden nicht infolge des vitium furni, son-

40) Vgl. über die verschiedenen Fälle des facere auch Bachofen Pfandrecht S. 386 ff.

41) Die Tendenz ist hier nicht sowohl, durch die Aussicht auf eventuelle Schadensersatzleistung den Eigenthümer an der betreffenden Ausübung zu hindern, als vielmehr ihn zu bewegen, diese Ausübung so einzurichten, daß dabei den Nachbar ein Nachtheil nicht trifft.

dern lediglich infolge einer culpa furnarii ein, so steht die actio ex stipulatu nicht zu, weil die Stipulation auf diesen Fall sich nicht bezog. Natürlich ist es nicht die Existenz des Backofens, die Schaden droht und Veranlassung zur Forderung der Caution gegeben hat, sondern die Benutzung desselben. Bei einer durch culpose Benutzung verursachten Verletzung ist die actio legis Aquiliae bezüglich in factum begründet, sonst die Klage aus der Caution[42]).

l. 27. §. 10. ad leg. Aquil. 9. 2. Si furnum secundum parietem communem haberes, an damni iniuria tenearis? et ait Proculus agi non posse, quia nec cum eo qui focum haberit: et ideo aequius puto in factum actionem dandam, scilicet si paries exustus sit: sin autem nondum mihi damnum dederis, sed ita ignem habeas, ut metuam, ne mihi damnum des, damni infecti puto sufficere cautionem. (Vergl. dazu Coll. leg. mos. et rom. XII. 7. 8.)

In dieser Stelle tritt äußerlich sichtbar nur der Gegensatz zwischen dem schon eingetretenen und dem blos drohenden Schaden hervor: im ersten Fall actio in factum legis Aquiliae, im letztern cautio damni infecti. Da aber wie die actio legis Aquiliae selbst, so auch die in factum actio die nothwendige Voraussetzung einer Verschuldung hat, so kann im ersten Fall nur an ein durch eine culpa verursachtes Abbrennen der Mauer gedacht sein, während es bei der gegen künftigen Schaden sichernden Caution nur auf ein ita ignem habere ut metuam ne mihi damnum des ankommt, auf eine Be-

42) Vgl. unten Ziff. 19. bei Anm. 27.

nutzung des Backofens, die an sich als durchaus nicht rechtswidrig und schuldhaft erscheint. Für diesen Fall genügt die Caution, wie sie zugleich das einzige Schutzmittel ist[43]).

l. 29. de S. P. U. 8. 2. Si quid igitur ex eo foramine, ex quo servitus non consistit (coll. l. 28.), damnum vicinus sensisset, dicendum est damni infecti stipulationem locum habere.

l. 17. §. 2. si serv. vind. 8. 5. Secundum cuius parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat — —: si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare.

Diese beiden Stellen bieten zwar, namentlich in Bezug auf die Frage nach dem Verhältniß der cautio damni infecti zu andern Rechtsmitteln, manche Schwierigkeiten, die später zu erörtern sind[44]), jedenfalls aber enthalten sie einen Beleg dafür, daß die Caution auch da Anwendung findet, wo durch eine den Zustand des Grundstücks nicht ändernde Thätigkeit in suo dem Nachbar ein Nachtheil droht.

Daß in allen Fällen des facere in suo der Anspruch auf die Caution nur da begründet sein kann, wo das facere nicht zugleich zum unerlaubten immittere in alienum geworden ist, liegt schon im Begriff des damnum *infectum:* denn durch die Immission ist bereits ein Nachtheil zugefügt. Inwiefern dann, wenn noch nicht immittirt ist, sondern aus der Handlung in suo ein immittere blos befürchtet wird, die cautio damni infecti

43) Vgl. unten Ziff. 19. bei Anm. 28.

44) Vgl. unten Ziff. 18.

verlangt werden kann, hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob die durch die Immission begründete actio negatoria auch auf Ersatz des durch die Immission zugefügten Schadens geht[45]). Bejaht man mit der communis opinio diese Frage, so ist die c. d. infecti infolge ihrer subsidiären Natur hier ausgeschlossen. Es kann dann überhaupt nur da, wo es sich um einen Schaden ohne Immission handelt, von der Caution die Rede sein. — Aber auch bei einem das Eigenthumsgebiet des Handelnden nicht überschreitenden facere in suo ist der Anspruch auf Cautionsleistung kein unbeschränkter: nicht wegen eines jeden schadendrohenden facere in suo — ganz abgesehen von dem nur die Entziehung eines bisher factisch genossenen Vortheils herbeiführenden — kann die Caution gefordert werden. Das folgt aus einem argumentum a maiori ad minus: der Eigenthümer eines Grundstücks muß sich sogar ein immittere in gewissem Umfang gefallen lassen, um so mehr also ein indirectes Herüberwirken ohne eigentliche Immission. Jenes muß er dulden, obgleich er es an sich auf Grund seines Eigenthumsrechts hindern könnte, dieses kann er kraft seines Eigenthums nicht hindern und nur aus Gründen der Billigkeit wird ihm der Anspruch auf Cautionsleistung gewährt: unmöglich kann aber die Rücksicht auf die Billigkeit dazu führen, daß der in suo Handelnde nun keinerlei Handlungen dieser Art vornehmen dürfte, ohne sich der Forderung der Caution auszusetzen, der Nachbar muß sich eben manches gefallen lassen, ohne Sicherstellung durch Caution verlangen zu können. Wo hier nach beiden Richtungen hin die Grenze ist, wie weit

45) Vgl. unten Ziff. 18.

der Nachbar eine Immission dulden muß, wie weit ihm gegenüber Handlungen, die nur indirect in sein Eigenthumsgebiet herüberwirken, der Schutz durch Caution versagt ist, das ist bekanntlich eine viel bestrittene und nicht leicht zu beantwortende Frage. Für beides aber wird das gleiche Princip gelten müssen, das Princip, daß er dulden muß, was über die Grenzen der gewöhnlichen und erträglichen Benutzung des Nachbargrundstücks nicht hinausgeht[46]).

Blicken wir auf die Erörterungen dieses Paragraphen zurück, so ergiebt sich hinsichtlich der Fälle, in welchen die cautio damni infecti überhaupt Anwendung findet, folgendes Schema:

1) Caution wegen eines von dem Zustand eines Grundstücks, insbesondere von einem baufälligen Gebäude drohenden Schadens,
2) Caution wegen eines durch ein facere drohenden Schadens, und zwar
   a) durch facere in alieno, privato oder publico,
   b) durch facere in suo, welches entweder in einer vorübergehenden den bisherigen Zustand des Grundstücks ändernden Thätigkeit besteht, oder welches nur als Benutzung des vorhandenen Zustands erscheint.

Ueberall ist das Verhalten formell vollkommen erlaubt, so daß der dadurch Verletzte einen Anspruch auf Ersatz an sich nicht hat, aber die Billigkeit fordert eine Abhilfe und sie wird gewährt in der Weise, daß der durch solches Verhalten Bedrohte, dem ein anderes Schutz-

46) Vgl. unten Ziff. 16 ff.

mittel nicht zu Gebote steht, Sicherstellung wegen des eventuellen Schadens beanspruchen darf.

§. 1677.

II. Geschichtliche Entwickelung der cautio damni infecti.

5. Das im vorigen Paragraphen dargestellte auf dem prätorischen Edict beruhende Recht ist das zur Zeit der classischen Juristen geltende. Hat von je dieser Anspruch auf Cautionsleistung wegen drohenden Schadens bestanden? Ist das prätorische Edict die wahre Quelle desselben und hat von Anfang an ein alle bisher erwähnten Fälle der cautio damni infecti umfassendes Edict existirt? Und wenn das nicht der Fall, wie hat sich das Institut allmählich entwickelt?

Die Antwort auf diese Fragen kann nicht in allen Puncten mit voller Sicherheit gegeben werden. Die Quellen lassen uns im Dunkeln über den Proceß, wie der uns überlieferte Zustand geworden ist, und die Mittel den vergangenen Zustand zu reconstruiren sind so ungenügend und dürftig, daß eine exacte Antwort nicht möglich ist. Der Versuch, an der Hand der schwachen Anhaltepuncte mit Hilfe der Analogie ein Bild der Vergangenheit zu entwerfen, hat trotzdem seine Berechtigung. Daß bei dieser Zeichnung die Phantasie nicht willkürlich geschaltet, sondern unter der Controle der wissenschaftlichen Prüfung gestanden hat, das wird man dann zugestehen müssen, wenn das Bild im Ton und Geist der alten Zeit gehalten ist und der neue Zustand

sich wirklich als eine Entwicklung aus dem so reconstruirten alten Rechtszustand darstellt.

Höchst wahrscheinlich sind die beiden Hauptfälle der cautio damni infecti, die Caution wegen des durch leblose Sachen und des durch ein facere drohenden Schadens, wie sie sachlich verschieden sind, auch zeitlich auseinanderliegend. Für den Fall des facere, wenigstens des facere in alieno, hat gewiß der Prätor schon früh die Leistung der Caution als Bedingung des Interdictenschutzes für den in alieno Handelnden aufgestellt und die betreffenden Interdicte nur dann ertheilt, wenn die Garantie gegeben war, daß nicht unter dem Deckmantel des prätorischen Schutzes dem Gegner alle möglichen Rechtsverletzungen zugefügt wurden; der Gedanke, der in specieller Anwendung auf das interdictum de cloacis ausgesprochen wird: sed et damni infecti cautionem pollicetur, si quid operis vitio factum est: nam sicuti reficere cloacas et purgare permittendum fuit, ita dicendum [edicendum], ne damnum aedibus alienis detur (l. 1. §. 14. de cloac. 43. 23.), hat überall den Prätor bewogen, derartige zum Nachtheil des Gegners gereichende Ausschreitungen einer an sich erlaubten und geschützten Handlung auf diese Weise zu verhüten. Ein besonderes Edict aber über diese Fälle der c. d. infecti war nicht vorhanden. Hätte es ein solches gegeben, so würde es uns sicherlich ebenso erhalten sein wie das Edict über die aedes ruinosae. Statt dessen finden wir die Vorschriften über jene Art der Caution zerstreut in den Titeln über die betreffenden Interdicte, die Caution als Theil der Interdictsformel.

Daß aber in der That diese c. d. infecti älter

ist als das prätorische Edict über die Caution wegen des aus der mangelhaften Beschaffenheit eines Gebäudes drohenden Schadens[47]), ergiebt sich aus Folgendem.

Das auf den letztern Fall bezügliche Edict des Prätors, wenigstens des praetor urbanus, ist, wie wir später nachweisen werden, jünger als die Lex Rubria, die aus dem Anfang des 8. Jahrhunderts stammt. Zu dieser Zeit kann vom praetor urbanus ein derartiges Edict noch nicht aufgestellt gewesen sein: denn nur bei dieser Annahme erklärt es sich, daß die Lex Rubria auf das Edict des praetor peregrinus Bezug nimmt[48]). Hingegen über die Caution wegen des durch facere in alieno drohenden Schadens finden sich schon früher Bestimmungen des städtischen Prätors. So erzählt nach dem Bericht Ulpians in l. 9. §. 1. h. t. Trebatius, der in der zweiten Hälfte des 7. Jahrhunderts lebte, daß, als infolge der Ueberschwemmung des Tiber viele Sachen nach fremden Gebäuden getrieben worden seien, der Prätor — und das kann natürlich nur der praetor urbanus sein — den Eigenthümern ein Interdict zum Schutz beim Wegholen dieser Sachen gegeben habe, si modo damni infecti repromitterent. Und bei Plinius Hist. natur. 36, 2 sect. 2. findet sich aus der Zeit der Aedilität des M. Scaurus (631 a. u.) folgende eigenthümliche Anwendung der Caution bei einem facere in publico, die nothwendig auch auf eine Bestimmung des praetor urbanus zurückgeführt werden muß:

47) A. M. Bachofen Pfandrecht S. 386 ff. Hesse Cautio damni inf. S. 28.

48) Vgl. Ziff. 8.

Trecentas LX columnas M. Scauri aedilitate ad scenam theatri temporari — viderunt portari silentio legum — etiamne tacuerunt maxumas earum atque adeo duodequadragenum pedum Lucullei marmoris in atrio Scauri collocari? Nec clam id occulteque factum est, satisdare sibi damni infecti coegit redemtor cloacarum cum in palatium eae traherentur[49]).

Die öffentlichen Cloaken standen sowohl in Bezug auf Neubau wie Reparatur und Reinigung unter der Obhut der Aedilen, welche die betreffenden Arbeiten großen Unternehmern, den redemtores cloacarum, in Accord gaben. Ein solcher redemtor zwingt nun den Scaurus, als derselbe ungeheure Marmorsäulen von 38′ Größe über die Cloakenwölbungen transportiren läßt, wegen des den Cloaken dadurch drohenden Schadens cautio damni infecti zu leisten. Die Verpflichtung dazu muß also damals schon anerkannt gewesen sein.

Hingegen darf man sich für das höhere Alter dieser Caution und einer darauf bezüglichen Bestimmung des praetor urbanus nicht berufen auf Cicero Verr. 2, 1. c. 56. §. 146: C. Verres, praetor urbis addidit — ‚Qui redemerit satisdet damni infecti ei qui a vetere redemptore acceperit[50])‘. Die hier er-

49) Vgl. auch Cicero p. Scauro 22. 45.

50) Die hier behandelte causa Juniana betrifft folgenden Fall. P. Junius, dem als redemtor die Instandhaltung des Castortempels gegen Bestellung von praedes et praedia in Accord gegeben war, stirbt mit Hinterlassung eines unmündigen Sohnes; Verres, dem die

wähnte cautio damni infecti ist nicht unsere Caution, sondern die bei den censorischen und sonstigen in der römischen Staatsverwaltung vorkommenden Locationen durch praedes et praedia zu leistende Sicherheit für

Abnahme aufgetragen war und der das Vorhandensein von Mängeln an den Säulen behauptet, verdingt die Ergänzung dieser Mängel für eine viel zu hohe Summe an den Habonius und räumt diesem bis zum Belauf der Accordsumme eine Forderung gegen den Erben des Junius und dessen praedes ein. Der dem Verres gemachte Vorwurf besteht nun darin, daß er den alten redemtor bezüglich dessen Erben vom Mitbieten bei dieser locatio conductio ausgeschlossen und durch die schwindelhafte Höhe der mit Habonius vereinbarten Accordsumme schwer geschädigt hat; denn es war Sitte, daß dem ersten Redemtor selbst, wenn er nicht etwa als persönlich untüchtig und unzuverlässig erschien, die Ergänzung der Mängel anvertraut wurde, falls nur die von demselben bestellten praedes et praedia genügende Sicherheit darboten oder bei einem Bedenken in dieser Beziehung die Sicherheit verstärkt wurde. Zu dieser Verstärkung waren die Vormünder des Pupillen Junius bereit und trotzdem ließ sie Verres nicht zum Mitbieten zu, er schloß sie aus durch den oben citirten Zusatz zur lex operi faciundo: indem er den Satz aufstellt, daß der Redemtor demjenigen caviren solle, der vom alten Redemtor die Caution erhalten habe, entzieht er dem alten Redemtor die Möglichkeit des Mitbietens. Vgl. Göppert Zeitschr. f. Rechtsgesch. IV. S. 277 ff. — Das damni infecti satisdare, welches hiernach dem alten wie dem neuen redemtor operis obliegt, hat mit der cautio damni infecti im technischen Sinn, die ein Privatmann von dem andern wegen des einem Grundstück des erstern drohenden Schadens fordert, nichts zu thun.

gehörige Ausführung eines von den Beamten des Staats verdungenen opus.

Allerdings giebt es nun Stellen, welche das Vorkommen der cautio damni infecti im Fall der aedes ruinosae auch für die frühere Zeit bezeugen, ein Umstand, der geeignet scheint, das aus der Lex Rubria entnommene Argument zu entkräften. In der That beweisen sie aber nicht, daß gerade das Edict des praetor urbanus Bestimmungen für diesen Fall enthalten habe. Sie lassen sich theils von einer infolge der Uebereinkunft der Parteien zur Vermeidung des sonst eintretenden für beide Theile mit Inconvenienzen verbundenen Verfahrens freiwillig geleisteten Caution verstehen[51]), theils von der im Edict des praetor peregrinus schon früher normirten Caution.

In l. 24. §. 4. 5. h. t. wird die Ansicht des Servius Sulpicius Rufus, des Freundes von Cicero und Vorgängers von Trebatius, in Bezug auf die Caution wegen aedes ruinosae erwähnt. Wenn vom Haus des Caventen herabgefallene Ziegel dem Nachbar schaden, so haftet jener aus der Stipulation, falls dies aedificii vitio, nicht aber, wenn es violentia ventorum geschehen ist; ist das Haus durch Wassersgewalt zerstört worden, so kann der Stipulant einen Anspruch nicht erheben, anders wenn das Haus, nachdem erst die Fundamente durch das Wasser mangelhaft geworden waren, später einstürzt. Ein Beweis für die Existenz eines auf diesen Fall bezüglichen Edicts des praetor urbanus schon zur Zeit des Servius liegt hierin nicht. Es handelt sich nur um die Frage, welchen Schaden auf Grund der ge-

51) Vgl. unten Ziff. 8. i. Anf.

leisteten c. d. infecti der Stipulant ersetzt verlangen kann: utrum id solum damnum quod iniuria fit, an vero omne damnum, quod extrinsecus contingat (l. 24. §. 3. h. t.); ganz unabhängig davon ist natürlich die Frage, auf welche Weise es zur Leistung der Caution gekommen ist, ob infolge freiwilliger Uebereinkunft oder ob infolge der Bestimmung eines Gesetzes oder des prätorischen Edicts, ob des städtischen oder des Peregrinenedicts[52]).

Nicht von freiwillig geleisteter Caution kann verstanden werden die l. 3. §. ult. de A. vel A. P. 41. 2., nach welcher schon Quintus Mucius unsere Caution kennt[53]). Denn hier spricht der Jurist von den prätorischen Zwangsmitteln, durch welche der Cautionspflichtige zur Leistung der Caution angehalten werden soll, bezüglich von den Nachtheilen des Nichtcavirens, der missio in possessionem ex primo und ex secundo decreto. Für die Annahme aber, daß es das Edict des praetor urbanus sei, welches diese Bestimmungen enthalte, fehlt es an jedem Anhalt. Es ist hier von

52) Huschke Gajus S. 212. A. 22. will die referirten Aussprüche des Servius auf das Zwölftafelnrecht beziehen. Dies ist unzulässig, da, wie wir im Folgenden sehen werden, die Zwölftafeln eine cautio damni infecti nicht kennen.

53) Wenigstens nach der Lesart von $F^{a}_{=}$; nach $F^{b}_{=}$ (deren Lesart Mommsen aufgenommen hat) fehlen die Worte vel quia damni infecti non caveatur mitti: danach würde Qu. Mucius nur von der missio rei servandae causa und erst Paulus von der missio damni inf. nomine sprechen. Dann käme natürlich diese Stelle gar nicht in Betracht.

den genera possessionis die Rede und dahin zählte Qu. Mucius auch die Fälle der missiones in possessionem: ob diese auf dem städtischen oder dem Peregrinenedict beruhten, war natürlich hierfür gleichgiltig.

Was endlich die bei Cicero top. 4. 22. erwähnte cautio damni infecti betrifft, so handelt es sich hier gar nicht um den Fall einer wegen drohenden Einsturzes eines Gebäudes, sondern einer wegen facere in alieno geleisteten Caution, und zwar um eine solche, die entweder freiwillig geleistet wird oder infolge richterlichen Urtheils, welches dem auf Einreißendürfen des paries communis mit der actio communi dividundo Klagenden die Erlaubniß dazu nur gegen Sicherstellung des Miteigenthümers einräumt, so daß die Caution hier ähnlich wie in den Fällen der prohibitorischen Interdicte die Bedingung für das facere in alieno ist[54]).

54) Die Stelle lautet: omnibus est ius parietem directum ad parietem communem adiungere vel solidum vel fornicatum, sed qui in pariete communi demoliendo damni infecti promiserit, non debebit praestare quod fornix vitii fecerit. non enim eius parietis vitio qui demolitus est, damnum factum est, sed eius operis vitio, quod ita aedificatum est, ut suspendi non posset. Das Recht, einen paries communis einzureißen oder zu repariren, steht an sich keinem der Eigenthümer zu, quia non solus dominus est (l. 8. de S. P. U. 8. 2.). Dies erleidet dann eine Ausnahme, wenn die Demolition deßhalb nothwendig ist, weil die Mauer nicht im Stande ist, die aufliegende Last beider Gebäude zu tragen (l. 35. 36. h. t.): gegen den in einem solchen Fall die Demolition nicht Zulassenden kann mit

6. Damit, daß das Edict des praetor urbanus zur Zeit der Lex Rubria noch keine Bestimmungen über die Caution wegen aedes ruinosae enthält, ist natürlich nicht gesagt, daß für die Fälle eines derartigen damnum infectum es überhaupt an jeder Rechtshilfe fehlte. Es wäre das schon an sich darum nicht glaublich, weil bereits in früher Zeit das Bedürfniß eines Schutzes gegen den Einsturz baufälliger Gebäude vorhanden war.

Die Eigenthümlichkeit des römischen Häuserbaues, die colossale Höhe der Gebäude, die Abweichung von der geraden Linie, die vorspringenden Bauten der oberen Stockwerke, die ungleiche Höhe der verschiedenen Theile desselben Hauses, die unsolide Bauart der Miethwohnungen, die von gewissenlosen Speculanten möglichst billig hergestellt wurden, um aus dem Miethsertrag weniger Jahre das Capital zu decken[55]) — das Alles be-

der actio communi dividundo oder dem interdictum uti possidetis geklagt werden (l. 12. comm. divid. 10. 3.). Es muß dann aber von dem auf der Demolirung Bestehenden dem Andern eine c. d. infecti geleistet werden, die sich namentlich auch auf den Fall bezieht, daß die Mauer sich als noch tauglich und mithin das Niederreißen als unnöthig herausstellen sollte (l. 37. h. t. l. 13. §. 1. de S. P. U. 8. 2.). Cicero erörtert nun die Frage, für welchen Schaden aus einer solchen Caution gehaftet werde. Es ist das also eine Caution, die nicht wegen der Baufälligkeit eines Gebäudes, sondern wegen der Vornahme einer Reparatur, wegen facere in alieno gefordert wird.

55) Vgl. Friedländer Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms S. 5 A. 2 S. 29 ff. Bekker Gallus II. S. 227.

wirkte, daß, schon in den letzten Zeiten der Republik, das Einstürzen der Häuser zu den eigenthümlichen von den römischen Schriftstellern wiederholt hervorgehobenen Uebeln Roms gehörte. Ein Theil unserer Furcht, sagt Seneca (epp. 90, 43), sind unsere Dächer: selbst aus den mit Gemälden geschmückten Sälen der großen Paläste floh man entsetzt, wenn man ein Knistern hörte. Drastisch, aber nach dem uns sonst Ueberlieferten nicht allzu übertrieben, ist die Schilderung von Juvenal (III. 193):

Nos colimus urbem tenui tibicine fultam
Magna parte sui, nam sic labentibus obstat
Vilicus et veteris rimae cum texit hiatum,
Securos pendente iubet dormire ruina.

Nimmt man dazu die häufigen Ueberschwemmungen des Tiber, wodurch die niedriger gelegenen Theile der Stadt Tage lang unter Wasser gesetzt und die Fundamente der Gebäude unterwühlt wurden[56]), so wird man begreiflich finden, daß eine Abhilfe dieser Uebelstände, ein Schutz der durch den Einsturz der Häuser bedrohten Personen dringend noth that. Zwar hat sich die Gefahr gegen Ende der Republik und im Anfang der Kaiserzeit bedeutend gesteigert, aber vorhanden war sie schon früher und das Bedürfniß des Schutzes konnte unmöglich bis zu der Zeit, wo der praetor urbanus in seinem Edict Bestimmungen über die cautio damni infecti aufstellte, unbefriedigt bleiben.

Nun hat uns bekanntlich Gajus (IV. 31.) eine leider sehr dürftige Notiz über das damnum infectum aufbewahrt. Daß er dabei den durch Einsturz eines

56) Vgl. Friedländer a. a. O. S. 32. A. 3.

Gebäudes drohenden Schaden im Auge hat, ist nicht zu bezweifeln. Auf den Schaden durch facere kann sich die von Gajus erwähnte legis actio, abgesehen von inneren Gründen, schon deßhalb nicht bezogen haben, weil er von der cautio damni infecti des Prätors als einer Neuerung gegenüber dem Verfahren durch legis actio spricht, während doch für das facere der Schutz durch die prätorische Caution schon in die ältere Zeit zurückreicht. In der That wird auch die Stelle allgemein nicht anders verstanden. Gajus berichtet nun, daß es nach der Lex Aebutia und den Leges Juliae nur noch aus zwei Gründen gestattet sei lege agere, damni infecti et si centumvirale iudicium fit —

> damni vero infecti nemo vult lege agere, sed potius stipulatione quae in edicto proposita est, obligat adversarium per magistratum, quod et commodius ius et plenius est[57]).

Natürlich muß, damit eine legis actio wegen damnum infectum angestellt werden konnte, nach dem Grundsatz nulla actio sine lege ein Gesetz Bestimmungen über diesen Fall enthalten haben[58]). Daß dies die Zwölftafeln waren, ist nicht unwahrscheinlich, die Nebeneinanderstellung der Titel de damno infecto und de aqua et aquae pluviae arcendae actione in der Justinianeischen Compilation deutet darauf hin. Nur darf man sich dafür nicht, wie häufig geschieht, auf die

57) Diese Lesart nahm man bisher als zweifellos an, nach Studemund Gaii Instit. comm. quatt. codic. Veron. denuo collati apograph. lautet die Stelle etwas anders. Vgl. unten Anm. 71.

58) Vgl. Jhering Geist II. 2. S. 612 ff.

l. 5. ne quid in l. publ. 43. 8. berufen, da diese Stelle, wie gleich auszuführen ist, sich nicht auf das damnum infectum, sondern auf die actio aquae pluviae arcendae bezieht.

Welches aber waren die Bestimmungen dieses Gesetzes über das damnum infectum? Nach der gewöhnlichen Annahme ist schon hierdurch eine Cautionspflicht eingeführt worden; auf welche Weise jedoch der Bedrohte diesen Anspruch auf Cautionsleistung durch legis actio geltend gemacht habe, darüber herrscht mancherlei Meinungsverschiedenheit, zum Theil große Unklarheit.

Nach der Ansicht von Huschke[59]) hat sich die Sache so verhalten. Die Decemvirn, im Geist des ältern Rechts von der Autonomie der Privaten ausgehend, hätten zwar gleichfalls befohlen, daß wegen damnum infectum Caution gestellt werde, aber so, daß, wenn dieses nicht geschähe, der Bedrohte zur Besitznahme des Hauses berechtigt sein sollte, um durch Reparatur auf Kosten des Eigenthümers sich selbst zu schützen, denn die verweigerte Sicherstellung, die gleichsam dem Grundstück selbst obgelegen, habe eine solche der manus iniectio ähnliche Execution begründen müssen; doch sei es dem Eigenthümer, der wegen des Gebäudes wie wegen eines animal noxium verpflichtet sei, gewiß gestattet gewesen, sich gleichsam durch noxae datio von aller Verpflichtung zu befreien. Huschke nimmt an, daß in den Zwölftafeln eine Klage auf Bestellung der cautio d. infecti gegeben sei, macht jedoch einen Unterschied zwischen den beiden Fällen, wenn von einem Privatgrundstück und wenn von einem öffentlichen her durch ein Privatbauwerk Schaden

59) Gajus S. 209. 210.

drohte: im erstern Fall habe der Bedrohte bei Verweigerung der Caution zunächst selbst Besitz ergreifen und durch Reparatur auf Kosten des Eigenthümers die Gefahr beseitigen können, so daß hier erst dann, wenn der Eigenthümer auch die Selbsthilfe des Bedrohten verwehrt habe, das Verfahren gegen den zur Gestattung Verurtheilten auch darauf hinausgelaufen sei, dem Kläger durch Aestimation damno facto Schadenserſatz zu gewähren, falls Beklagter nicht die noxae datio vorgezogen habe; im zweiten Fall hingegen, wo weder noxae datio noch Gestattung der Selbsthilfe möglich gewesen, habe blos eine Klage auf Bestellung der Caution gegeben werden können: in ihr sei der Pflichtige zur Caution condemnirt und wenn er sie nicht geleistet habe, entweder sogleich auf den gefürchteten höchsten Schaden oder indem man bis zum Eintritt des Schadens mit weiterem Verfahren gewartet habe, auf den Betrag des wirklichen Schadens verurtheilt worden.

Nach Unterholzner[60]) ist es kaum zu bezweifeln, daß die auf die Bestimmungen der Zwölftafeln über damnum infectum gegründete legis actio ebenfalls, wie die auf dem prätorischen Edict beruhende Klage, nur auf Caution gerichtet werden konnte, wofür er sich, wie auch Huschke, auf die l. 5. ne quid in l. publ. 43. 8. beruft. Auf eine nähere Darlegung, wie sich das Verfahren gestaltet habe, läßt sich Unterholzner nicht ein, er bemerkt nur, daß von einer missio die Zwölftafeln nichts wüßten.

Ob Bethmann-Hollweg[61]) die legis actio als

60) Schuldverhältn. II. S. 721.

61) Röm. Civilproc. I. S. 204.

auf Leistung der Caution gerichtet ansieht, ist nicht mit Sicherheit zu erkennen. Nachdem er erwähnt, daß wir nicht wüßten, ob der Prätor zur Zeit der legis actiones außer den zur Einleitung und Instruction eines Rechtsstreits gehörenden Bürgschaften auch sonst Cautionen habe auflegen können, bemerkt er nur: in einem der wichtigsten Fälle, damnum infectum, habe eine legis actio stattgefunden und es deuteten die Worte, mit denen der lesbare Text bei Gajus IV. 31. abbreche, auf eine pignoris capio, Beschlagnahme des benachbarten Grundstücks, um den drohenden Schaden abzuwenden, eventuell sich den Ersatz zu sichern; später habe dafür der Prätor die Forderung der Caution und die missio in possessionem eingeführt.

Trotz der bereits von Bekker[62]) gegen die Behauptung, daß die pignoris capio die alte Form der damni infecti actio gewesen sei, angeführten Gründe wird diese Ansicht neuerdings wieder vertreten von Karlowa[63]). Nach ihm ist der Zweck der pignoris capio die Sicherung des Ersatzes eines bevorstehenden Schadens gewesen. Durch die pignoris capio sei die cautio d. infecti erzwungen worden, wie diese auch später noch, falls von einem novum opus der Schaden zu befürchten war, durch operis novi nuntiatio, einen der pignoris capio ähnlichen Formalact, erzwungen worden sei; die Sicherheitsleistung habe dann eine Relaxation der Pfändung bewirkt, nur sei diese Sicherheitsleistung nicht die später im Edict aufgestellte stipulatio gewesen, sondern

62) Die Actionen des röm. Privatrechts I. S. 45.

63) Der röm. Civilproc. zur Zeit der Legis Actionen S. 216 ff.

das bekannte praedibus praediisque cavere, ein Cautionsmittel, welches dem Wesen der legis actio besser entspreche als die vom Magistrat auferlegte stipulatio praetoria und wovon sich noch eine Spur in der l. 6. §. 7. comm. div. 10. 3.[64]) finde. Ob die Beschlagnahme des Grundstücks durch pignoris capio den Pfändenden zunächst nur zum Besitzer und erst, falls dann binnen einer gesetzlich bestimmten Frist nicht praedibus praediisque Sicherheit geleistet worden, zum Eigenthümer gemacht habe, müsse dahin gestellt bleiben: es würden dann die Stadien des Verfahrens ganz dem spätern Verfahren nach dem Edict entsprochen haben, nur daß hier an die Stelle der pignoris capio die obrigkeitliche Einweisung in den Besitz getreten sei.

Gegen diese Annahme, daß der Anspruch auf Sicherheitsleistung wegen damnum infectum durch Beschlagnahme des schadendrohenden Grundstücks mittelst pignoris capio geltend gemacht worden, sprechen innere und äußere Gründe. Wenn man auch einräumen wollte, daß die pignoris capio auf unbewegliche Sachen Anwendung finde, wie verträgt sich diese Ansicht mit dem Satz: nulla legis actio prodita est de futuro?[65]) Die Forderung, zu deren Sicherstellung das gepfändete Object dienen soll, wäre nicht blos nicht fällig, sondern es wäre überhaupt ungewiß, ob sie zur Entstehung kommen wird, da der gefürchtete Schaden möglicherweise gar nicht eintritt. In allen Fällen der pignoris capio, die Gajus (IV. 27. 28.) aufzählt, geht die Forderung auf ein cer-

64) Nach der Lesart von F^{a}: praediis statt pro aedibus.

65) Fragm. Vatic. §. 49. 329. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XI. 59. 61.

tum: hier wäre sie auf ein incertum gerichtet; alle jene Fälle sind Forderungen, denen sich ein überwiegendes Staats- oder Cultusinteresse beimischt: hier hingegen steht das Privatinteresse in erster Linie[66]). Und wenn Gajus die Anwendungsfälle der pignoris capio aufzählt, wie sollte es sich — selbst angenommen, daß diese Aufzählung nicht als eine erschöpfende gemeint sei — erklären, daß er gerade den nach Einführung des Formularprocesses allein noch practisch gebliebenen Fall

66) Durch den von Bekker a. a. O. noch weiter geltend gemachten Gegengrund — daß diese pignoris capio eine von den sonst bekannten auch insofern ganz abweichende Structur gehabt habe, als hier das pignus captum nicht ein beliebiges dem Schuldner zugehöriges und nur als Zwangsmedium wider diesen in Betracht kommendes Stück wäre, sondern gerade das den Schuldner verpflichtende Etwas selber — wird die Ansicht von Burchardi (Lehrb. des RR. §. 212.) nicht getroffen. Dieser meint, es sei dem Bedrohten mittelst der legis actio per pignoris capionem gestattet gewesen, dem Urheber der Gefahr beliebige Sachen wegzunehmen, wahrscheinlich um sie zu retiniren, bis die Gefahr beseitigt oder anderweite Caution geleistet oder der Schaden, wenn er eingetreten, ersetzt worden sei. Natürlich sprechen die sonstigen gegen die Anwendbarkeit der pignoris capio angeführten Gründe auch gegen diese Ansicht. Dieselbe erscheint überdies insofern noch bedenklicher als jene, welche das schadendrohende Grundstück als Gegenstand der Pfändung bezeichnet, als nach ihr jeder innere Zusammenhang zwischen dem neuern und dem ältern Recht fehlt und namentlich das gewiß jeder Zeit anerkannte Freiwerden des Pflichtigen durch Preisgeben des schadendrohenden Objects nicht zu construiren ist.

des damnum infectum unerwähnt gelassen hätte? Mit Recht sagt Bekker, daß auch in der gegenwärtigen Gestalt Gajus diese Annahme, die legis actio damni infecti sei die pignoris capio gewesen, nicht rechtfertigt. Als äußeres Indicium für dieselbe beruft man sich darauf, daß Gajus in §. 31. mit den Worten ‚per pignoris' abbricht: er habe an der nicht lesbaren Stelle wahrscheinlich auseinandergesetzt, weßhalb das neuere Verfahren den Vorzug vor dem ältern verdiene. Es läßt sich aber hieraus, selbst wenn die angegebenen innern Gründe nicht entgegenständen, ein solcher Schluß nicht ziehen. Nachdem in den vorhergehenden Paragraphen von den legis actiones und zuletzt von der pignoris capio die Rede gewesen ist, endet Gajus seine Erörterung über die Legis Actionen mit der Bemerkung, daß dieses Verfahren aufgehoben und an seine Stelle das litigare per formulas getreten sei, mit Ausnahme von zwei Fällen, von denen aber der eine, damnum infectum, infolge des bei weitem vortheilhafteren neueren Verfahrens auch in Wegfall gekommen sei. Dann folgt: ‚per pignoris', woran sich die Lacune schließt. In §. 32 fährt er dann fort: *Item* in ea formula, quae publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is, a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnetur; §. 33.: nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimitur — —, §. 34.: habemus adhuc alterius etiam generis fictiones in quibusdam formulis — —. Nach diesem Zusammenhang ist es kaum zu bezweifeln, daß Gajus mit den Worten ‚per pignoris' den Uebergang macht zu den im Formularproceß vorkommenden an die alten legis actiones

sich anlehnenden Fictionen, also zu den durch eine Fiction unmittelbar an die Legis Actio angeknüpften Formeln, zu den actiones quae ad legis actionem exprimuntur im Gegensatz zu den sua vi ac potestate constantes (IV. 10.)[67]). Keineswegs aber will Gajus, nachdem er schon gesagt, daß damni infecti nemo vult lege agere, noch anführen, daß diese practisch nicht mehr anwendbare legis actio die per pignoris capionem gewesen sei.

Gewiß hat Karlowa (S. 216) Recht, wenn er sagt, daß, da es sich nicht um einen Ersatzanspruch wegen eines geschehenen, sondern um Sicherung des Ersatzes eines bevorstehenden Schadens handele, keiner der andern modi lege agendi anwendbar gewesen sei, weder die sacramenti actio noch die iudicis postulatio noch die legis actio per condictionem, ebensowenig auch die nur gegen Personen stattfindende manus iniectio. Wenn nun aber die von Karlowa hieraus gezogene Schlußfolgerung, es sei die legis actio die per pignoris capionem gewesen, nach dem eben Ausgeführten durchaus unhaltbar ist, so bleibt nur das Resultat übrig, daß der durch legis actio geltend zu machende Anspruch wegen damnum infectum gar nicht auf Leistung einer cautio damni infecti gegangen sein kann. Meiner Ueberzeugung nach ist die im ältern Recht enthaltene Bestimmung eine von dem Recht des prätorischen Edicts materiell verschiedene gewesen: das der legis actio zu Grunde liegende Gesetz hat demjenigen, von dessen Grundstück ein Schaden durch Einsturz drohte, nicht die Verpflichtung

67) Vgl. auch Huschke Jurisprud. anteiust. ad h. l. N. 42.

zur Caution, sondern zur Reparatur aufgelegt. Die Gründe für den positiven Theil dieser Behauptung werden später erbracht werden, soweit hier überhaupt von streng beweisenden Gründen die Rede sein kann; daß aber die Bestimmung des Civilrechts nicht auf die Verpflichtung zur Cautionsleistung ging, dürfte sich aus folgender Erwägung mindestens mit großer Wahrscheinlichkeit ergeben.

Schon die Art und Weise, wie Gajus die alte legis actio erwähnt, verbietet, die Bestimmung des Civilrechts für eine mit der des prätorischen Edicts materiell gleiche zu halten. Der Gegensatz ist: lege agere und stipulatione, quae in edicto proposita est, obligare adversarium per magistratum, das letztere ist nach Gajus commodius et plenius ius. Wenn der Inhalt des alten mit legis actio geltend zu machenden Rechts schon auf Cautionsleistung gegangen wäre, wo bliebe der Gegensatz? Einerseits hätte es sich dann auch schon bei der legis actio um ein obligare adversarium stipulatione durch die Vermittlung des Magistrats gehandelt, andrerseits bedurfte es auch bei Geltendmachung des neuen durch das prätorische Edict eingeführten Schutzes einer Klage. Und wo wäre die Entwicklung zum Bessern? Dort die Verpflichtung zur Cautionsleistung durch das Gesetz ausgesprochen, hier durch das prätorische Edict! Mochte auch die Benutzung des durch den Prätor gebotenen Mittels in processualischer Beziehung bequemer sein als das Verfahren durch legis actio, so ist doch nicht ersichtlich, in welcher Weise es, falls beides zur Cautionsleistung führte, plenius sein sollte. Denn daß das ius plenius sich nicht, wie Huschke will, auf die missiones in possessionem bezieht, ergiebt sich

daraus, daß es zur missio nur bei Nichtleistung der Caution kommt, während Gajus gerade die Verpflichtung durch die Stipulation als das ius plenius bezeichnet. Wenn schon das alte Recht die Verpflichtung zur Leistung der c. d. infecti gekannt hätte, welcher Grund hätte für den Prätor vorgelegen, ein ganz neues Edict über damnum infectum aufzustellen? Es wäre dann doch wohl einfach an Stelle der legis actio eine formula gegeben worden, mit welcher derselbe materielle Anspruch in processualisch einfacherer und bequemerer Weise geltend gemacht worden wäre[68]). Und warum sollte, wenn der alte civilrechtliche Anspruch materiell identisch mit dem durch das prätorische Edict gegebenen gewesen wäre, die schwerfällige Form der legis actio gerade für diesen Fall bestehen geblieben sein? Alle diese Gründe sprechen entschieden dafür, daß die Bestimmung des Civilrechts eine andere als die des prätorischen Edicts war, daß sie also nicht die Verpflichtung zur Leistung einer Caution wegen des befürchteten Schadens enthielt. Der durch das alte Recht gewährte materielle Anspruch ist geblieben, auch nachdem der Prätor einen neuen und bessern Anspruch gegeben hat, zugleich hat sich für seine Geltendmachung die alte processualische Form der legis actio aus dem sehr natürlichen Grund erhalten, weil der Prätor, nachdem er ein ganz neues in den Formen des Formularprocesses zu verfolgendes Recht gegeben, sich nicht bewogen fühlen konnte, auch noch für den alten aus dem Civilrecht stammenden und einen viel mangelhafteren Schutz gewährenden Anspruch

68) Etwa wie bei der Klage der Publicanen eine der legis actio nachgebildete actio fictitia.

eine neue formula aufzustellen. — Der Ausspruch des Gajus: nemo vult lege agere, sed potius stipulatione, quae in edicto proposita est, obligat adversarium per magistratum kann danach nicht sagen: „Niemand will im Weg der legis actio den nach Civilrecht begründeten Anspruch auf cautio damni infecti geltend machen, sondern man wendet sich an den Magistrat, um den Anspruch auf Caution zu verfolgen und den Gegner mittelst der durch das prätorische Edict aufgestellten Stipulation zu verpflichten“ [69]); er sagt vielmehr: den alten civilrechtlichen Anspruch wegen damnum infectum [70]), für den die Form der legis actio bestehen geblieben ist — worin dieser Anspruch bestanden hat, sagt Gajus nicht —, will Niemand geltend machen, sondern man zieht die prätorische cautio damni infecti vor, wodurch der Gegner verpflichtet wird, Ersatz zu leisten, falls der befürchtete Schaden wirklich eintritt, und dieses Recht des prätorischen Edicts ist bequemer und

69) Der Gegensatz würde dann eben der sein: Verpflichtung zur Caution infolge Gesetzes und Verpflichtung dazu infolge des prätorischen Edicts. Außer den schon angeführten Gründen spricht hiergegen auch die Bezeichnung der c. d. infecti als stipulatio praetoria, quae a mero Praetoris officio proficiscitur. Bei den stipul. praetoriae will der Prätor vermöge seiner arbiträren Amtsgewalt Jemanden gerade zu einem Thun nöthigen, zu welchem ihn das Gesetz nicht schon direct verpflichtet hat. Vgl. Schirmer die prätor. Judicialstipul. S. 31.

70) Daß auch der materiellrechtliche Bestandtheil des lege agere, der durch Gesetz sanctionirte Anspruch, legis actio heißt, ist bekannt.

voller als das ältere. Es ist demnach wirklich von materiell verschiedenen Ansprüchen die Rede[71]).

Die Hauptstütze[72]) für die entgegengesetzte Ansicht,

71) Wir haben bei den bisherigen Erörterungen die Lesart von Gai. IV. 31. zu Grund gelegt, die bisher allgemein als zweifellos angenommen wurde. Nach Studemund lautet aber, wie oben Anm. 57. erwähnt wurde, die Stelle etwas anders, nämlich nicht: — — obligat adversarium per magistratum, quod et commodius ius et plenius est, sondern: obligatadversariumsuumitaq̄etcommodiusius etc. An sich besteht nun die Möglichkeit zu lesen: obligat adversarium suum ita, quod et commodius ius et plenius est. Dann würde die Stelle dafür angeführt werden können, daß auch durch die legis actio der Beklagte zur Leistung der c. d. infecti habe verpflichtet werden können: Niemand will lege agere, sondern man verpflichtet durch die im Edict proponirte Stipulation den Gegner so, d. h. so wie man ihn durch legis actio verpflichten könnte. Dies ist jedoch nicht blos sprachlich unzulässig, sondern auch sachlich: denn ein ius plenius würde ja dann der Bedrohte gar nicht haben. Es ist vielmehr, da die Sigle q̄ nicht blos quod, sondern auch que bedeutet (vgl. z. B. Studemund p. 198. lin. 4. lit. ult. lin. 16. lit. ab exitu 12ª), zu lesen: — obligat adversarium suum: itaque et (oder ei) commodius ius et plenius est: Niemand will den alten civilrechtlichen Anspruch geltend machen, sondern man obligirt vielmehr seinen Gegner durch die prätorische Stipulation, und so hat man ein bequemeres und volleres Recht.

72) Huschke hatte sich früher (Gajus S. 211.) auch auf die Rubrik von Paulus R. S. V. 10.: de contrahenda auctoritate bezogen, indem er das auctoritatem contrahere von demjenigen verstehen zu können glaubte,

daß schon das ältere Recht und zwar speciell die Zwölftafeln einen Anspruch auf Leistung der cautio damni infecti gewährt hätte, ist die l. 5. ne quid in l. publ. 43. 8. (Paulus libro XVI. ad Sabinum):

Si per publicum locum rivus aquae ductus privato nocebit, erit actio privato ex lege duodecim tabularum, ut noxa domino caveatur[73]).

In dieser Stelle soll ausgesprochen sein, daß wegen drohenden Schadens (hier ausgehend von einer Wasserleitung auf öffentlichem Boden) dem bedrohten Eigenthümer nach den Zwölftafeln eine Klage auf Cautionsleistung zustehe. Spräche die Stelle wirklich von der cautio damni infecti, so würden freilich alle gegen eine civile Klage auf Cautionsleistung vorgebrachten Gründe nichts helfen und wir würden nur zu dem Geständniß genöthigt sein, daß uns dann mancherlei unverständlich bleibe; fällt aber dieses Hauptargument der Gegner, dann treten alle die obigen Gründe in ihr volles Recht.

Es ist nun früher schon gegenüber der Ansicht, welche die Bestimmungen des älteren Rechts über damnum infectum auf die Zwölftafeln zurückführen will und sich dafür auf die l. 5. cit. beruft, bemerkt worden, daß diese Stelle gar nicht von damnum infectum,

der sich als Vertheidiger seines baufälligen Hauses zum Schadensersatz bekannte und cavirte. In seiner Iurisprud. anteiust. ad h. l. hat er diesen Grund fallen lassen.

73) Mommsen hat die von Cujacius in Gemäßheit der Lesart der Basiliken gemachte Conjectur sarciatur statt caveatur adoptirt; nöthig ist diese Aenderung (F^{a} hat carveatur, F^{b} caveatur) nicht, da das caveatur die gleiche Bedeutung wie sarciatur haben kann.

geschweige von einer Klage auf Cautionsleistung deßhalb, sondern von der actio aquae pluviae arcendae handelt. Der Beweis für diese Behauptung ist nunmehr zu erbringen.

Schon Dirksen[74]) hat in Anschluß an Gothofredus die Beziehung unserer Stelle auf die von den Zwölftafeln eingeführte actio aquae pluviae arcendae vertheidigt. Huschke[75]) macht Beiden den Vorwurf: es sei ihnen entgangen, daß diese Klage nach l. 3. §. 3. l. 18. pr. de aqua et a. pl. 39. 3. nicht Statt habe, wenn Jemand auf einem öffentlichen Platz etwas vorgenommen habe. Nun ist es allerdings richtig, daß die Klage nicht zusteht, wenn in publico ein opus gemacht wird, weil sie nur gegen den Eigenthümer gerichtet werden kann, aber nach eben den Stellen, die diesen Satz aussprechen, ist sie doch begründet, si in privato opus factum sit et publicum interveniat. In l. 5. cit. ist nun keineswegs gesagt, daß das opus nocens selbst in publico gemacht sei: es ist nur davon die Rede, daß der rivus aquae per publicum locum ductus ist und das bezieht sich auf die erwähnte Ausnahme. Daß der Ausdruck ‚ut noxa domino caveatur' nichts für die cautio damni infecti beweist, bedarf kaum der Ausführung: cavere bedeutet ja nicht blos Sicherheit leisten durch Bestellung einer Caution, sondern auch Vorsorge für Jemanden treffen, Jemanden decken, und speciell in der Verbindung noxam cavere ist es identisch mit noxam sarcire, drohenden Nachtheil abwenden, was ja

74) Uebersicht der bisher. Versuche zur Kritik und Herstellung der Zwölftafelfragmente S. 486—490.

75) Gajus S. 211. A. 16.

der Zweck der actio aquae pluviae arcendae ist. Mithin ist es mindestens möglich, die l. 5. cit. von der actio aquae pluviae arcendae zu verstehen. Ja, es läßt sich der Nachweis führen, daß sie wirklich von der letzteren Klage spricht: nach der Inscription ist die Stelle aus Paulus Liber XVI. ad Sabinum entnommen, gerade in diesem Buch handelt aber Paulus, wie l. 12. l. 15. l. 23. de aqua et aquae pl. arc. 39. 3. zeigen, von der actio aquae pluviae arcendae[76]).

7. Ist durch das Vorstehende der Beweis der Behauptung erbracht, daß das Civilrecht dem Eigenthümer eines schadendrohenden Gebäudes nicht wie das prätorische Edict die Verpflichtung zur Leistung einer cautio damni infecti auflegte, so entsteht nunmehr die Frage: welches war die Bestimmung des ältern Rechts über damnum infectum und worauf war die von Gajus erwähnte legis actio gerichtet?

Hesse[77]) vermuthet, daß im Zwölftafelgesetz die Verpflichtung zur Reparatur von baufälligen Gebäuden und namentlich von Wasserleitungen auf öffentlichem Boden ausgesprochen gewesen sei, indem er die l. 5. ne quid in loco publ., unter Bekämpfung der Ansicht, daß sie von einer wirklichen Cautionsleistung durch Stipulation rede, doch auf das damnum infectum bezieht: das noxa domino caveatur sei von der legis actio per

76) Hätte unsere l. 5. statt im T. D. 43. 8. im T. D. 39. 3. gestanden wie die aus demselben Werk entnommenen l. 12. 15. 23., so würde Niemand daran gedacht haben, dieselbe auf etwas anderes als die actio aquae pluv. arc. zu beziehen.

77) Rechtsverhältn. I. S. 172 ff.

iudicis postulationem zu verstehen, in der Weise, daß der erwählte arbiter nach genügender causae cognitio die schadendrohenden Gebäude und Wasserleitungen auszubessern befohlen habe. Als Grund führt er die intime Verwandtschaft zwischen der aquae pluviae arcendae actio und der cautio damni infecti an, aus welcher sich der Schluß ziehen lasse, daß auch ein und dasselbe Verfahren für sie im Zwölftafelgesetz vorgeschrieben gewesen sein möge.

Abgesehen davon, daß die l. 5. cit. nach der obigen Ausführung nicht vom damnum infectum handelt, spricht hiergegen insbesondere der Umstand, daß, wenn einmal der Anspruch auf Reparatur eines schadendrohenden Gebäudes direct durch Klage erzwungen werden konnte, nicht wohl einzusehen ist, wie das im prätorischen Edict aufgestellte Schutzmittel, welches doch nur indirect auf die Vornahme der Reparatur hinwirkte, jenes Recht vollständig zu beseitigen vermochte und wie Gajus das prätorische Recht als das ius plenius[78]) bezeichnen konnte: der directe Zwang ist immer vortheilhafter als der indirecte, und der einzige Umstand, der nach dieser Auffassung das prätorische Verfahren vortheilhafter erscheinen lassen möchte — daß man nämlich hier sofort gesichert war, während bei der Verurtheilung auf Vornahme der Reparatur der Schaden noch vor Beseitigung des Mangels eintreten konnte —, hätte doch nicht zur gänzlichen Aufhebung der Klage auf Reparatur zu führen gebraucht, sondern nur dazu, daß dem zur Reparatur Verurtheilten die Verpflichtung für diesen Fall den

78) Daß die missiones in possessionem das ius plenius seien, wie Huschke will, leugnet Hesse selbst.

Kläger sicherzustellen aufgelegt worden wäre. Noch weniger haltbar ist es, wenn Hesse das von Huschke angenommene Executionsverfahren — wonach der Bedrohte zur Besitznahme des Hauses berechtigt war, um durch Reparatur desselben auf Kosten des Eigenthümers sich selbst zu schützen — dann eintreten lassen will, wenn der Beklagte die anbefohlene Reparatur unterlassen habe. In diesem Fall würde doch einfach die manus iniectio gegen den Verurtheilten nach den gewöhnlichen Grundsätzen platzgegriffen haben.

Aber doch ist in den Ausführungen Hesses wie Huschkes ein richtiger Gedanke enthalten. Meiner Ansicht nach ist, wie schon oben angedeutet, die Bestimmung des ältern Rechts allerdings dahin gegangen, daß der Eigenthümer eines baufälligen Hauses verpflichtet sein soll, dasselbe zu repariren: nicht Caution, sondern Reparatur war vorgeschrieben. Aber die Verpflichtung war nicht direct durch Klage erzwingbar. Ihre Erfüllung wurde auf einem Umweg erzwungen: durch Androhen eines Nachtheils für den Fall, daß der Pflichtige ihr nicht nachkam, eines Nachtheils, der stark genug war, um seinen Eintritt für drückender als die Erfüllung jener Verbindlichkeit erscheinen zu lassen. Der angedrohte Nachtheil bestand darin, daß der durch die Unterlassung der Reparatur Bedrohte das Recht haben solle, sich durch eigene Vornahme der Reparatur zu schützen und von dem Gegner den Betrag der aufgewandten Kosten einzufordern: die von Gajus erwähnte legis actio ist die Klage auf Ersatz der Reparaturkosten[79]). Die be-

79) Daß von einer Klage auf Ersatz der wegen damnum infectum aufgewandten Reparaturkosten damni infecti lege agere gesagt wird, hat nichts Auffallendes.

treffende Bestimmung der Zwölftafeln oder des sonstigen Gesetzes wird etwa gelautet haben: domini aedes infirmas reficiunto, quod ni volunt, vicino propter damnum infectum reficienti dispendium computare ius esto[80]). Natürlich wird sich der Eigenthümer des schadendrohenden Gebäudes wie später von der Cautionspflicht so auch von der Reparaturpflicht durch Dereliction haben befreien können, da er ja nur als Eigenthü-

80) Die Entscheidung der Frage, ob die Form der legis actio, mit der dieser Ersatzanspruch geltend gemacht wurde, die per sacramentum oder per iudicis arbitrive postulationem gewesen sei, hängt davon ab, welcher Ansicht man über das Alter dieser beiden Klagformen ist. Hält man beide für gleichalterig und findet man demzufolge den Unterschied beider in dem strengeren Character, der schroffen Fragstellung des Sacramentsprocesses, welcher für das Ermessen des iudex keinen Spielraum ließ, so kann der Anspruch nur in der Form der legis actio per iudicis arbitrive postulationem geltend gemacht worden sein: denn wenn es sich dabei auch um die Forderung einer bestimmten Geldsumme handelte, für deren Einklagung an sich die legis actio sacramenti geeignet gewesen wäre, so war doch der Anspruch von Voraussetzungen abhängig, zu deren Prüfung das richterliche Ermessen in umfassenderer Weise als es dann bei der letzteren Klagform möglich war thätig werden mußte; zur Untersuchung der Frage, ob dem Kläger wirklich der befürchtete Schaden gedroht habe und ob zur Abwendung desselben die geforderte Summe nöthig gewesen, war dann im Sacramentsproceß kein Raum, und ebensowenig konnte bei einer Sache, wo ein Aufschub so gefährliche Folgen haben konnte, die Frage, ob die Besorgniß vor dem Einsturz gerechtfertigt sei, erst in

mer haftet[81]). Wie aber, wenn der Eigenthümer weder sein Gebäude preisgab noch den bedrohten Nachbar zur Reparatur zuließ? Unmöglich kann auch die Befugniß, zu diesem Behuf sich in den Besitz des baufälligen Hauses zu setzen, durch legis actio geltend gemacht worden sein: es würde ja sonst zweier legis actiones bedurft haben, auf Zulassung und auf Ersatz der Kosten. Vielmehr ist ursprünglich wohl die Besitzergreifung im Wege der staatlich garantirten Selbsthilfe erfolgt, während sie später durch ein Decret des Magistrats in extraordinaria cognitio gestattet und durch die Mittel des magistratischen Imperiums erzwungen wurde.

Für diese Gestaltung des Verhältnisses — Verpflichtung zur Reparatur unter Androhung des Nachtheils, daß sonst der Bedrohte sich in den Besitz des opus nocens setzen und selbst die Beseitigung des drohenden Schadens auf Kosten des Pflichtigen vornehmen kann — sprechen folgende Gründe.

Bekanntlich enthält das römische Recht eine Reihe von Bestimmungen, die aus der großen Sorgfalt der Römer für die Erhaltung der Gebäude hervorgegangen sind und deren Tendenz eben die Erhaltung und Be-

einem besonderen Vorverfahren erörtert werden. Sieht man hingegen die legis actio sacramento für die älteste und ursprünglich einzige, mithin auch in unserm Fall allein zulässige Klagform an, so muß natürlich auch in der legis actio sacramento das richterliche Arbitrium in genügender Weise platzgegriffen haben.

81) Das gleiche Recht steht ja sogar dem Eigenthümer des mit einer servitus oneris ferendi belasteten Gebäudes gegenüber der Klage auf Reparatur zu.

förderung eines geordneten baulichen Zustands ist. Das Verbot des Kaufs eines Gebäudes auf Abbruch negotiandi causa, die Unzulässigkeit der Vindication von tigna aedibus iuncta, das gesetzliche Pfandrecht desjenigen, der zum Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes Geld geliehen hat, die Befugniß leere Baustellen zum Behuf der Wiederherstellung der Gebäude zu occupiren, wenn die Eigenthümer den Aufbau unterließen[82]) — alle diese Bestimmungen haben dieselbe Quelle und denselben Zweck: Verhütung von Zerstörungen und Beseitigung der eingetretenen Zerstörungen. Nach l. 46. h. t. gehört es zum officium curatoris rei publicae, ut dirutae domus a dominis extruantur: kommt der Eigenthümer dieser Verpflichtung nicht nach, so wird das Haus sumptu publico hergestellt und si dominus ad tempus pecuniam impensam cum usuris restituere noluerit, iure eam res publica distrahit. Wenn hiernach sogar eine allerdings nur indirect erzwingbare Verpflichtung zur Wiederaufrichtung eines gänzlich zerstörten Gebäudes anerkannt ist, sollte da nicht auch eine Pflicht bestehen, durch rechtzeitige Reparatur den Verfall des Gebäudes zu verhüten? Für die spätere Zeit unterliegt das keinem Zweifel. In l. 8. C. de aedif. priv. 8. 10. wird bestimmt, daß die curiales urbium reparare domos vel de novo aedificare cogantur und die anderen possessores domos dirutas neglectasque reparent und in l. 7. de off. praes. 1. 18. (Ulpian) heißt es: praeses provinciae inspectis aedificiis dominos eorum causa cognita reficere ea compellat et adversus detrectantem competenti remedio deformitati

82) Vgl. Glück XIX. S. 4 ff.

auxilium ferat. Welches das Mittel war, durch das die Säumigen zur Erfüllung dieser Verpflichtung angehalten wurden, ist hier nicht gesagt. Denkbar wäre, daß wie in l. 46. h. t. der Staat die Reparatur vornahm und wegen der Kosten sich an das Gebäude hielt, oder daß das Verfahren eintrat, wie es nach der Lex Julia municipalis cap. 2. platzgriff, falls die Hausbesitzer der Pflicht die Straße längs ihrer Grundstücke in Ordnung zu halten nicht nachkamen, daß nämlich die Reparatur einem redemtor in Accord gegeben und diesem die betreffende Person auf die Accordsumme attribuirt wurde; möglich ist aber auch, daß die Hauseigenthümer durch Strafauflagen zur Erfüllung ihrer Pflicht angehalten wurden. Für letzteres findet sich ein Zeugniß in der l. un. §. 1. de via publ. 43. 10 (ex Papiniani de cura urbium libro):

> Curam agant (scil. curatores urbium), parietes privati [aliorumve] quaeve alia circa domus viam attingunt vitiosa ne sint, ut domini aedium sic ut oportet eas commundent et reficiant. quod si non commundabunt vel non reficient, multanto eos, donec ea firma reddant.

Hiernach ist, trotz des auch im spätern Recht noch festgehaltenen Princips, daß der Eigenthümer in suo machen kann was er will und daß er ohne ein besonderes Obligationsverhältniß zu einer positiven Thätigkeit nicht angehalten werden kann, doch aus Rücksicht auf das öffentliche Interesse eine Verpflichtung zur Reparatur baufälliger Gebäude anerkannt, in der Weise, daß die öffentlichen Behörden für die Befolgung dieser Vorschriften Sorge zu tragen haben. Mithin ist die Annahme, daß in Fällen, wo einem Privaten durch die

Baufälligkeit eines Gebäudes Gefahr drohte, der Private einen Anspruch auf Reparatur und Beseitigung der Gefahr gehabt habe, durchaus gerechtfertigt. Eine Klage hierauf stand ihm aber sicherlich nicht zu, vielmehr wird auch hier der Zwang nur ein indirecter gewesen sein. Am nächsten scheint die Annahme zu liegen, daß, wie die curatores urbium gegen den Säumigen mit Geldstrafen vorgehen, bis er das ihm Obliegende gethan hat, dem Privaten eine Strafklage auf eine gewisse Geldsumme gegeben war, ähnlich wie später der Prätor im Fall des positum et suspensum, durch dessen Herabfallen ein Schaden zugefügt werden konnte, eine Pönalklage auf 10 Solidi gab[83]). Mehrfache Gründe sprechen jedoch dagegen, daß der bedrohte Private auf diese Weise gegen das damnum infectum geschützt gewesen sei. Einerseits war hier, wo res celeritatem desiderat et periculosa dilatio est (l. 1. h. t.) das nach l. un. §. 1. cit. von den öffentlichen Behörden befolgte Verfahren doch nicht wirksam genug, um die erforderliche schleunige Rechtshilfe zu gewähren: es würde einer angespannten Aufmerksamkeit des Nachbars bedurft haben, um mit dem Antrag auf Reparatur und der Klage auf Strafe so rechtzeitig aufzutreten, daß der renitente Eigenthümer des baufälligen Hauses durch die wiederholten Strafen zur Beseitigung der Gefahr bewogen worden wäre, und selbst die durch wiederholte Klagen erlangten

83) l. 5. §. 6 squ. de his qui effud. 9. 3. Praetor ait: ‚Ne quis in suggrunda protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum iudicium dabo —‘.

Strafsummen würden bei wirklich erfolgendem Eintritt des gefürchteten Schadens häufig dem Verletzten nur ungenügenden Ersatz gewährt haben. Andrerseits war, wenn auch einem solchen Verfahren gegenüber das prätorische Edict unzweifelhaft das ius plenius enthielt, doch nicht zu sagen, daß das letztere commodius gewesen wäre: die Klage auf Strafe war nicht unbequemer als der Antrag auf Leistung der Caution.

Mir scheint eine andere Analogie besser für das ältere Recht zu passen. Wie nach der oben citirten l. 46. h. t. in dem Fall, wo der Staat den Aufbau eines zerstörten Gebäudes fordert, bei Renitenz des Pflichtigen zunächst der Staat selbst für den Wiederaufbau Sorge trägt und wegen der aufgewandten Kosten den Eigenthümer in Anspruch nimmt, so hat dem durch die Baufälligkeit des Nachbargebäudes bedrohten und die Reparatur desselben verlangenden Privaten das Recht zugestanden, durch eigene Vornahme der Reparatur sich gegen die drohende Gefahr zu schützen und dann die Erstattung des dadurch verursachten Aufwands im Wege der Klage vom Gegner zu fordern.

Das gleiche oder doch ein ähnliches Verfahren finden wir da, wo es sich um die Instandhaltung öffentlicher Wege handelt.

Nach der Lex Julia municipalis cap. 2. liegt den Hausbesitzern die Pflicht ob, die Straße längs ihrer Grundstücke in Ordnung zu halten. Quae viae in urbe Roma, propiusve urbem Romam passus mille, ubi continenti habitabitur, sunt, erunt, cuius ante aedificium earum quae viae erunt, is eam viam tueatur — cuius ante aedificium semita in loco erit, is eam semitam, ei aedificio perpetuo lapidibus

perpetuis integris continentem, constratam recte habeto; wird die betreffende Aufforderung des Aedilen, dem die procuratio viarum publicarum reficiundarum sternendarum in diesem Theil der Stadt obliegt, nicht befolgt, dann eam viam aedilis tuendam locato und ei qui eam viam tuendam redemerit, tantae pecuniae eum eosve attribuito; hat der attributus 30 Tage nach der Kenntniß von der Attribution nicht gezahlt, so muß er noch die Hälfte mehr zahlen und der deßhalb angegangene Magistrat soll ein iudicium de pecunia credita geben. Der Zwang für den Pflichtigen besteht also darin, daß, wenn er nicht selbst den Weg in Stand hält, es ein Anderer für ihn und auf seine Kosten thut. — Verwandt ist die Bestimmung in l. un. §. 3. de via publ. 43. 10.: vias publicas unumquemque iuxta domum suam reficere oportet — ita, ut vehiculum recte ibi iter facere possit. qui in conducto habitant, si dominus non reficit, ipsi reficiunto et quod impenderint a mercede deducunto. Die dem Hauseigenthümer obliegende Reparaturpflicht muß, falls jener säumig ist, von den Miethern erfüllt werden, und diese erhalten dadurch einen Ersatzanspruch, den sie durch Abzug am Miethzins geltend machen. — Diese Verpflichtung zur Pflasterung bezüglich Instandhaltung der öffentlichen Wege findet sich nun schon in den Zwölftafeln:

Am segetes viam muniunto: eo ni sani lapides sunt, qua volet, iumenta agito[84]).

84) Vgl. Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. XIV. S. 139 ff. Etwas anders bei Schöll Legis duodecim tabul. reliquiae p. 138. (Viam muniunto. Ni sam delapidassint, qua volet iumenta agito).

Danach sollen die Besitzer der anliegenden Grundstücke zum Bau der Straßen, soweit sie an ihre Flur stoßen, verpflichtet sein; kommen sie dieser Verpflichtung nicht nach und ist infolge davon der Weg unbrauchbar, so müssen sie es sich gefallen lassen, daß der den Weg Passirende über ihr Grundstück, wo es ihm paßt, auch über die Saaten geht, treibt oder fährt. Es soll mithin der Private, der durch die Säumigkeit der Grundstücksbesitzer beeinträchtigt ist, nicht auf das viam munire klagen, sondern sich selbst helfen dürfen auf eine Weise, die nachtheilig genug für den Pflichtigen ist, um demselben durch die Besorgniß vor diesem Nachtheil den Impuls zur Erfüllung seiner Verpflichtung zu geben, und die zugleich die Nichterfüllung dem Benachtheiligten möglichst wenig fühlbar werden läßt.

Nach alle dem ist es mindestens höchst wahrscheinlich, daß in der ältern Zeit der durch die Baufälligkeit des Nachbarhauses bedrohte Private in ähnlicher Weise geschützt gewesen ist. Der Gedanke, den Eigenthümer zur Reparatur zu verpflichten, ohne doch eine Klage darauf zu geben, ist, wie wir gesehen haben, dem römischen Recht nicht fremd. Wie nach den Zwölftafeln der den Weg nicht im Stand Haltende sich einen Eingriff in sein Eigenthum gefallen lassen muß, den er an sich zurückweisen könnte, so muß der sein Haus nicht Reparirende einen Eingriff des dadurch Bedrohten gestatten; wie nach der Lex Julia municipalis und nach l. un. §. 3. D. 43. 10. der die Straße nicht in Ordnung haltende Anlieger dem für ihn eintretenden redemtor bezüglich Miether die von diesem aufgewandten Kosten ersetzen muß, so muß er es in gleicher Weise, wenn der durch den Einsturz des baufälligen Gebäudes

bedrohte Nachbar sich selbst durch Vornahme der Reparatur geschützt hat.

Sicherlich paßt diese allerdings mit stringenten Gründen nicht zu beweisende Annahme einer dem Bedrohten auf Kosten des Säumigen gestatteten Selbsthilfe besser zum Character des ältern Rechts als die schon früher als unhaltbar nachgewiesene Ansicht, daß eine Klage auf Reparatur oder auf Caution zulässig gewesen sei. Ja, der Satz, daß der an der Reparatur eines Gebäudes Interessirte und durch das Nichtreparirten Beeinträchtigte das Recht hat, einen Eingriff in das fremde Eigenthum zu machen, um sich durch Vornahme der Reparatur auf Kosten des Eigenthümers selbst zu helfen, hat sich in einem Verhältniß bis in die neueste Zeit als practisches Recht erhalten: im Verhältniß der socii. Keiner der socii kann eine die Substanz der gemeinschaftlichen Sache afficirende Thätigkeit einseitig gegen den Widerspruch des andern vornehmen, sowenig wie ein dritter Nichteigenthümer auf die Sache einwirken darf: wenn aber der eine socius zu einer nothwendigen Reparatur seine Mitwirkung versagt, dann muß er sich die Reparatur von Seiten des Andern gefallen lassen und dem Reparirenden die aufgewandten Kosten ersetzen. Wie der säumige renitente socius dem socius, so steht der nichtreparirende Alleineigenthümer dem bedrohten extraneus gegenüber. Die innere Verwandtschaft der beiden Fälle ist nicht zu verkennen und gerade sie bestärkt unsere Annahme über die ältere Gestalt des Rechts beim damnum infectum. Eine äußere Bestätigung für diese Verwandtschaft liegt darin, daß nicht blos in unserm Titel de damno infecto gerade über den paries communis und dessen Reparatur mehrere Stellen aufgenom-

men sind[85]), sondern auch bei Paulus R. S. V. 10. §. 1. 2. das Recht des damnum infectum und des paries communis in engster Verbindung behandelt wird[86]).

8. Unzweifelhaft hatte dieses Verfahren etwas Schwerfälliges und für beide Theile Unzweckmäßiges. Der Eigenthümer des baufälligen Hauses mußte, wenn er nicht repariren oder ohne weiteres derelinquiren wollte, den unter Umständen recht störenden Eingriff des angeblich Bedrohten dulden und die Kosten ersetzen. Der Bedrohte hatte die Last der Reparatur, deren Kosten er doch zunächst aus seiner Tasche bestreiten mußte. Offenbar lag es sehr nahe, daß der Eigenthümer, namentlich in Fällen, wo er die Baufälligkeit seines Hauses und die Möglichkeit des angeblich drohenden Schadens bestritt, dem Gegner proponirte: stehe ab von dem Verlangen der Reparatur, ich verspreche dir, daß, wenn aus dem von dir behaupteten Mangel ein Nachtheil eintritt, ich dir denselben ersetze — also eine cautio damni infecti im Weg der freien Vereinbarung und der Ursprung des spätern

85) L. 35. 36. 37. 38. §. 2. l. 39. pr. §. 4. l. 40. §. 1. l. 41. 43. §. 1. 2.

86) In dem prätorischen Institut der cautio damni infecti ist dieses alte Recht insofern zur Verwendung gekommen, als der infolge der Nichtleistung der Caution ex primo decreto Immittirte berechtigt ist, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Reparaturen vorzunehmen und den Ersatz der aufgewandten Kosten mit einer Klage zu fordern (l. 15. §. 34. h. t.); leistet der Cautionspflichtige diesen Ersatz nicht, so kommt es zur missio ex secundo decreto, die ihm das Eigenthum entzieht. Sonach ist gerade bei unserer Ansicht über den ältern Rechtszustand die Continuität der Rechtsentwicklung gewahrt.

Rechts in der Sitte. Wie nach altem Recht im Fall einer Schadenszufügung durch Sclaven und Thiere oder leblose Sachen der Eigenthümer von der Verpflichtung der Auslieferung bezüglich Ueberlassung des schadenden Objects frei wurde durch Leistung des Ersatzes des eingetretenen Schadens und zwar ursprünglich auch nur im Weg der vertragsmäßigen Abfindung des Verletzten, so konnte er sich bei drohendem Schaden von der Verpflichtung die Besitzergreifung von Seiten des Nachbars zum Zweck der Selbstreparatur zu dulden durch das Versprechen der Ersatzleistung für den künftig eintretenden Schaden befreien. Mehr als Sicherung gegen den befürchteten Nachtheil konnte ja der Bedrohte nicht erreichen und für den Eigenthümer lag in der zur Verhütung größerer Uebelstände freiwillig übernommenen Verpflichtung der Ersatzleistung Impuls genug zur Beseitigung etwaiger Mängel.

An diese Sitte der Cautionsleistung knüpfte der Prätor an. Was bisher vom freien Willen der Parteien abhing, erhob er zur Rechtspflicht. Er stellte in seinem Edict den Satz auf, daß, wenn vitio aedium ein Schaden befürchtet wird, der Inhaber des Gebäudes auf Antrag des Bedrohten cautio damni infecti leisten müsse und normirte zugleich, wann das in Form der satisdatio, wann in Form der repromissio zu geschehen habe. An Stelle der Reparaturpflicht tritt die Cautionspflicht. Kommt der Implorat dem ohne weitere causae cognitio ertheilten prätorischen Decret nicht nach, so ist die Annahme begründet, daß ihm die Sache nicht werth genug sei, um ihre Vertretung zu übernehmen: wie bei der actio noxalis die Folge des non defendere das Preisgebenmüssen des caput noxium ist, so wird hier

das schadendrohende opus als derelinquirt angesehen und das Eigenthum auf den Bedrohten übertragen durch missio in possessionem rei vitiosae, nur daß dieser Uebertragung des Eigenthums eine Zwischenmaßregel, die missio ex primo decreto, vorausgeht, welche einerseits dem Cautionspflichtigen die Befugniß durch nachträgliche Cautionsleistung den Verlust seines Eigenthums zu vermeiden offen läßt und andrerseits dem Bedrohten durch die ihm damit gewährte Befugniß der Beseitigung des schadendrohenden Zustands sicherstellt. An die Stelle der Alternative, entweder zu repariren oder die Reparatur durch den Gegner zu dulden, ist die andere Alternative aut cavere aut aedibus carere getreten. In dieser prätorischen Bildung finden sich die Grundzüge des ältern Rechts wieder. Auch der Cautionspflicht liegt die Reparaturpflicht zu Grund: wer ein reparaturbedürftiges Haus besitzt, muß caviren und wer caviren muß, wird lieber repariren und sein Haus in Stand halten als sich der Gefahr der Ersatzleistung aussetzen, und das Zwangsmittel, wodurch auf Leistung der Caution indirect hingewirkt wird, die missio in possessionem, gewährt zugleich dem Bedrohten wie im ältern Recht die Möglichkeit sich durch Vornahme der Reparatur auf Kosten des säumigen Eigenthümers selbst zu helfen; Dereliction aber befreit wie von der Reparatur- und Ersatzpflicht so von der Cautionspflicht. Von diesem Verfahren läßt sich in der That mit vollem Grund sagen, daß es gegenüber den Bestimmungen des älteren Civilrechts ein ius commodius et plenius sei.

Das Verdienst dieser zweckmäßigen Neuerung gebührt dem praetor peregrinus. In seinem Edict zuerst findet sich die in der Sitte wurzelnde Cautionslei-

stung zur rechtlich normirten und durch das Mittel der missio in possessionem erzwingbaren Verpflichtung erhoben, erst von hier aus hat im Anfang der Kaiserzeit das Recht der cautio damni infecti Aufnahme im Edict des praetor urbanus gefunden.

Freilich ist dies nicht unbestritten. Manche[87]) behaupten, daß zwar der Ursprung der Cautionspflicht auf das Edict des praetor peregrinus zurückzuführen, der Zwang durch missio in possessionem aber diesem Edict fremd gewesen sei: vielmehr sei bei Nichtleistung der durch Decret anbefohlenen Caution eine actio in factum gegeben worden, mit welcher der Cautionsberechtigte Ersatz des später eintretenden Schadens erlangt habe wie wenn die geforderte Caution wirklich geleistet worden wäre. Andere[88]) leugnen oder stellen es wenigstens als höchst ungewiß dar, daß ursprünglich und noch gegen Ende der Republik lediglich das Edict des praetor peregrinus etwas über die cautio damni infecti enthalten habe, während sie zugeben, daß die bei Nichtleistung der Caution eintretende Folge nach dem Edict des praetor peregrinus dieselbe wie nach dem des praetor urbanus, nämlich die missio in possessionem, gewesen sei.

Für uns handelt es sich in erster Linie um Untersuchung der Frage, ob wirklich dem praetor peregrinus die Priorität zuzuschreiben sei. Ein gewiß nicht zu unterschätzendes Argument für die Bejahung dieser Frage ist zunächst der Umstand, daß nach Einführung

87) Zimmern Gesch. des röm. Privatrechts III. §. 84. S. 267. Dirksen Observ. ad selecta leg. Gall. cisalp. cap. p. 19. squ. Huschke Gajus S. 212 ff.

88) Puchta Ztschr. f. gesch. R. W. X. S. 213 ff.

des Formularproceſſes gerade wegen damnum infectum die legis actio noch beſtehen blieb. Denn wenn auch die Bemerkung Puchtas richtig iſt, daß die Exiſtenz der legis actio für den praetor urbanus damals ſowenig ein Hinderniß war wie einige Jahre ſpäter, wo ſein Edict einen Titel darüber enthielt, ſo erklärt ſich die Fortdauer der legis actio doch in der That nur aus dem derzeitigen Mangel einer ſolchen Beſtimmung in ſeinem Edict: nur weil es ſonſt für die römiſchen Bürger an jeder Rechtsverfolgung für damnum infectum fehlte, konnte das unvollkommene Schutzmittel des Civilrechts beſtehen bleiben. Beweiſender aber als dies iſt der aus der Lex Rubria zu entnehmende Grund. Die Municipalmagiſtrate haben als magistratus minores kein imperium, alle Handlungen alſo, die magis imperii sunt quam iurisdictionis wie iubere caveri praetoria stipulatione und missio in possessionem, ſtehen ihnen nicht zu. Wie nun nach Digeſtenrecht der Prätor, weil res damni infecti celeritatem desiderat et periculosa dilatio praetori videtur, den Municipalmagiſtraten das Cautionsdecret und die missio ex primo decreto delegirte[89]), ſo geſtattete die Lex Rubria aus dem gleichen Grund dieſen Beamten, gewiſſe an ſich ihnen entzogene Handlungen kraft eigener Gewalt vorzunehmen. Das die Beſtimmungen über die stipulatio damni infecti enthaltende 20. Capitel des Geſetzes lautet, ſo weit es uns hier intereſſirt, folgendermaßen:

Qua de re quisque et a quo in Gallia Cis-Alpina damni infecti ex formula restipulari satisve accipere volet, et ab eo qui ibi ius di-

89) L. 1. 4. h. t.

cet postulaverit, idque non calumniae causa se facere iuraverit: tum is quo de ea re in ius aditum erit, eum, qui in ius eductus erit, de ea re ex formula repromittere et, si satisdari debebit, satisdari iubeto decernito.

Qui eorum ita non repromiserit aut non satisdederit, si quid interim damni datum factumve ex ea re aut ob eam rem eove nomine erit, quam ob rem, ut damni infecti repromissio satisvedatio fieret, postulatum erit: tum magistratus prove magistratu IIvir IVvir praefectusve, quocunque de ea re in ius aditum erit, *de ea re ita ius dicito iudicia dato iudicarique iubeto cogito, proinde atque si de ea re, quum ita postulatum esset, damni infecti ex formula recte repromissum satisvedatum esset.*

De ea re quod ita iudicium datum iudicareve iussum iudicatumve erit, ius ratumque esto, dum in ea verba, si damni infecti repromissum [bezüglich satisdatum] non erit, iudicium det itaque iudicare iubeat: ‚Iudex esto. si, antequam id iudicium qua de re agitur factum est, Qu. Licinius damni infecti eo nomine qua de re agitur *eam stipulationem quam is qui Romae inter peregrinos ius dicet in albo propositam habet,* L. Seio repromisisset [bezüglich satis dedisset]: tum quidquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona, dum taxat sestertios... eius iudex Qu. Licinium L. Seio, si ex decreto IIviriIV viri praefective Mutinensis, quod eius

is IIvir IVvir praefectusve ex lege Rubria sive id plebiscitum est, decreverit, Q. Licinius eo nomine qua de re agitur L. Seio damni infecti repromittere [bezüglich satisdare] noluit, condemnato, si non paret absolvito.' —

Es soll also hiernach den Municipalmagistraten das Recht zustehen, auf Antrag und nach vorgängigem iuramentum calumniae des Bedrohten durch ein Decret dem Imploraten die Pflicht zur repromissio oder satisdatio damni infecti aufzuerlegen. Wird diesem Decret nicht Folge geleistet, so soll nicht missio in possessionem verfügt werden, sondern es steht bei Eintritt des gefürchteten Schadens dem Verletzten eine Klage zu wie wenn die Caution in gehöriger Weise vom Gegner geleistet worden wäre. Zugleich wird in der Formel dieser Klage auf das Edict des praetor peregrinus verwiesen: der Beklagte soll verurtheilt werden wie wenn er diejenige Stipulation geleistet hätte, quam is qui Romae inter peregrinos ius dicit in albo propositam habet.

Welches ist der Grund dafür, daß die Folge der verweigerten Cautionsleistung nicht wie nach Digestenrecht die missio in possessionem, sondern die actio in factum auf Schadensersatz ist, und weßhalb bezieht sich die Lex Rubria auf das Edict des praetor peregrinus? Man hat wohl gemeint, daß Beides in innerem Zusammenhang stehe: daß nämlich das Edict des praetor peregrinus lediglich die actio in factum gekannt habe und die missiones in possessionem ausschließlich dem Edict des praetor urbanus angehörten. Nach Dirksen (l. c. p. 24.) ist der Grund dieser angeblichen Verschiedenheit beider Edicte darin zu suchen, daß die

missiones zu den Eigenthümlichkeiten des römischen Rechts zu rechnen und darum für die Provinzen nicht anwendbar gewesen seien, nach Huschke (S. 212.) hingegen hat der praetor urbanus zur Zeit der Lex Rubria Bestimmungen über damnum infectum noch gar nicht getroffen gehabt und das Edict des praetor peregrinus, auf welches eben deßhalb habe verwiesen werden müssen, habe lediglich die actio in factum gekannt, so daß die missiones in possessionem erst durch den praetor urbanus, der im Uebrigen die Bestimmungen des Peregrinenprätors angenommen habe, eingeführt worden seien.

Mit Recht macht Puchta a. a. O. gegen diese Ansicht geltend, daß sich die Herbeiziehung des Edicts des praetor peregrinus gar nicht auf die Folge der Nichtleistung der Caution beziehe, daß vielmehr nur angegeben werde, welche Stipulation als geleistet angenommen werden solle; es könne also in diesem Edict auch sehr wohl die missio angedroht gewesen sein und es seien zwei ganz verschiedene Fragen: warum der Ungehorsam gegen das Decret des Municipalmagistrats nur jene Klage und nicht die missio zur Folge habe und warum hinsichtlich der Fassung der Caution auf das Peregrinenedict verwiesen sei. Auch in der Beantwortung der ersten Frage muß man Puchta beistimmen: die Annahme, daß damals überhaupt die missio damni infecti causa noch nicht bestanden habe, sei sehr problematisch, auch wenn sie schon bestanden, habe man sich doch sehr wohl veranlaßt finden können, nicht auch diese bedenklichere Wirkung dem städtischen Decret beizulegen, wie man später zwar, einen Schritt weiter gehend, den Municipalmagistraten die missio ex primo decreto, nicht aber die ex secundo decreto delegirt habe. In

der That läßt sich daraus, daß den Municipalmagistraten, denen als magistratus minores das imperium und damit die Befugniß zur missio fehlt, durch die Lex Rubria dieses Zwangsmittel nicht eingeräumt ist, durchaus kein Schluß darauf ziehen, daß es auch der Peregrinenprätor nicht gehabt habe. Ja, während es für die Annahme, daß der Prätor sich des in den meisten Fällen der stipulationes praetoriae cautionales gewöhnlichen Mittels der missio in possessionem damals noch nicht bedient habe, an jedem inneren Grund fehlt, erklärt sich der Umstand, daß die Lex Rubria als Folge des Nichtcavirens statt der missio die actio in factum fictitia auf Ersatz giebt, gerade dann sehr einfach, wenn man die Grundsätze des in den Digesten referirten Edicts als zur Zeit der Lex Rubria schon geltend ansieht. Bekanntlich findet sich auch im Digestenrecht eine actio in factum, die auf dasselbe gerichtet ist wie die der Lex Rubria[90]). Diese Klage steht dann zu, wenn der Gegner weder die anbefohlene Caution leistet noch die infolge dieser Weigerung decretirte Besitzergreifung duldet. Wie nun der Prätor die actio in factum giebt, wenn es zur Consequenz des non defendere, der Besitznahme des schadendrohenden Objects, nicht kommt wegen eines der Besitznahme entgegenstehenden factischen Hindernisses, des Widerstands des Gegners, so greift in der Provinz diese Klage platz, wenn es zur Besitznahme nicht kommt wegen des rechtlichen Hindernisses, der Unfähigkeit der Municipalmagistrate die Besitzergreifung zu verfügen. Die actio in factum der

90) L. 7. pr. h. t. l. 4. §. 2. ne vis fiat 43. 4. Vgl. unten Ziff. 45.

Lex Rubria erscheint daher als Nachbildung des äußersten prätorischen Zwangsmittels gegen die fortgesetzte Renitenz des Cautionspflichtigen, zu dem es nur hier aus rechtlichen Gründen gleich an erster Stelle kommen muß. — Hingegen ist die Ansicht Puchtas in Bezug auf die zweite Frage, warum hinsichtlich der Fassung der Cautionsformel auf das Peregrinenedict verwiesen werde, nicht zu billigen. Es sei, meint er, zwar möglich, daß damals nur das Edict des praetor peregrinus etwas über die cautio damni infecti enthalten habe, aber dies sei doch höchst ungewiß und der Grund jener Verweisung liege vielmehr in der Conception der Stipulation: beim praetor urbanus sei sie auf eigenthümlich römische Weise gefaßt worden mit spondesne spondeo und da in den Municipien keine besondere Behörde für die Peregrinen existirt habe, so habe hier die Form des Peregrinenprätors, die für beide Classen von Einwohnern, cives und peregrini, gleich passend gewesen, gewählt werden müssen. Außer dem schon von Huschke[91]) geltend gemachten Argument — daß, wenn bereits damals zwei so verschiedene Stipulationsformeln existirt hätten, das Gesetz gleich im Eingang von cap. 20., nicht erst bei der Klagformel, hätte sagen müssen, daß es das Recht der cautio damni infecti im Edict des praetor peregrinus meine — spricht gegen diese Ansicht die ganze Art und Weise, wie auf diese Stipulationsformel verwiesen wird: „der dem Cautionsdecret nicht Nachkommende soll verurtheilt werden, dasjenige zu leisten, was er leisten müßte, wenn er die im Peregrinenedict proponirte Stipulation abgeschlossen hätte". Das bezieht sich

91) a. a. O. S. 213. A. 27.

offenbar nicht auf die Form der Cautionsleistung, sondern auf den materiellen Inhalt des Versprechens: wenn die Folge des Nichtcavirens die Fiction der geleisteten Caution ist, so kann es hierbei natürlich darauf, ob bei wirklicher Cautionsleistung die Form von spondere oder promittere beobachtet wird, nicht ankommen.

Es bleibt demnach für diese Bezugnahme auf das Edict des praetor peregrinus keine andere Erklärung übrig als die offenbar auch am nächsten liegende, daß nur der praetor peregrinus, nicht auch der praetor urbanus über die stipulatio damni infecti wegen vitium aedium in seinem Edict Bestimmungen aufgestellt hatte[92]). Und daß dies der Fall war, hat einen sehr einfachen und natürlichen Grund. Die römischen Bürger

92) Zwar enthält, wie wir früher (Ziff. 5.) gesehen haben, das Edict des praetor urbanus schon vor der Lex Rubria Bestimmungen über die cautio damni infecti. Es ist dies aber die Caution, die wegen des durch facere drohenden Schadens geleistet wird, nicht die, welche sich auf den vitio aedium befürchteten Schaden bezieht. Für den letztern Fall kennt nur das Edict des praetor peregrinus eine c. d. infecti. Entweder enthielt es über die aedes vitiosae eine besondere selbständige Bestimmung oder es stellte ein Cautionsformular auf, welches — etwa ähnlich wie in l. 18. ratam rem hab. 46. 8 — neben der Caution für facere auch die für aedes vitiosae mitumfaßte. Gerade bei der letzteren Annahme — wenn die Formel des Peregrinenedicts den Fall des vitium aedium mitumfaßte, während die des städtischen Edicts sich nur auf den Fall des Schadens durch facere bezog — hat die Verweisung der Lex Rubria auf eam stipulationem quam is qui Romae inter peregrinos ius dicit in albo propositam habet einen guten Sinn.

waren gegen die Gefahr des Einsturzes baufälliger Häuser geschützt durch die Bestimmungen des Civilrechts, durch die von Gajus erwähnte legis actio propter damnum infectum, die Peregrinen aber konnten nicht lege agere[93]) und doch waren sie eines Schutzes gegen derartige Gefahr nicht minder bedürftig. Dem praetor peregrinus, der die Interessen der Peregrinen wahrzunehmen hatte, war also die Aufgabe gestellt, in dieser Richtung Vorsorge zu treffen und den Peregrinen an Stelle des ihnen unzugänglichen civilrechtlichen Schutzmittels eine andere Hilfe zu gewähren. Es geschah dies, wie wir bereits gesehen haben, in Anschluß an das, was infolge freier Vereinbarung der Parteien factisch schon bestand, indem die bisher nur freiwillige Cautionsleistung zu einer durch die Mittel des prätorischen Imperiums, speciell durch missio in possessionem erzwingbaren Rechtspflicht gemacht wurde. Daß dieses Surrogat des civilrechtlichen Schutzmittels wirklich das ius commodius et plenius war, bedarf keiner Ausführung mehr, und ebenso ist ohne Weiteres erklärlich, daß, nachdem der Peregrinenprätor einmal mit dieser vollkommneren Rechtsbildung vorgegangen war, der praetor urbanus, der von sich aus eine zwingende Veranlassung zur Verbesserung der Bestimmungen des Civilrechts nicht hatte, nun nicht lange zögerte[94]), die

93) Vgl. darüber Karlowa der röm. Civilproc. zur Zeit der Legisactionen S. 345. A. 1.

94) Schon Labeo hat das Edict des praetor urbanus über damnum infectum wegen vitium aedium commentirt: l. 13. §. 5. l. 15. §. 15. 20. 24. 32. 33. 34. 35. l. 24. §. 2. l. 30. §. 1. h. t. Vgl. Huschke Gajus S. 213. A. 25.

römischen Bürger einer gleichen zweckmäßigen Rechtsverfolgung theilhaftig zu machen. Bis zu dem Zeitpunct aber, wo der praetor urbanus dem Vorgang seines Collegen folgte und ein Edict über damnum infectum für den Fall der aedes vitiosae aufstellte, also noch zur Zeit der Lex Rubria, gab es für die römischen Bürger nur das alte civile Schutzmittel der legis actio. Darum mußte die legis actio auch nach den Proceßreformen der Lex Aebutia bestehen bleiben, weil es eben sonst für die römischen Bürger an jedem Schutz gefehlt hätte. Seit dem städtischen Edict wird sie allmählich verdrängt durch das zweckmäßigere prätorische Rechtsmittel: nemo vult lege agere, sed potius stipulatione, quae in edicto proposita est, obligat adversarium suum.

§. 1678.

III. Voraussetzungen für den Anspruch auf cautio damni infecti.

1. Objective Voraussetzungen.

9. Nach dem im ersten Paragraphen Ausgeführten ist bei einem Schaden durch leblose Sachen wie durch eine innerhalb der Grenzen des Rechts zum facere sich haltende Thätigkeit für den Verletzten eine Klage auf Ersatz an sich nicht begründet. Die aus einem formell berechtigten Verhalten des Gegners hervorgehende Verletzung ist keine rechtswidrige; nur die Billigkeit fordert eine Milderung. Der Eigenthümer soll wegen des durch seine Sache, der Handelnde wegen des aus seiner Thätigkeit drohenden Schadens den Bedrohten durch cautio damni infecti sicherstellen. Durch die Aussicht eine solche Verpflichtung übernehmen zu

müssen, erhält der Cautionspflichtige schon vor der Forderung der Caution den Antrieb, sein Verhalten so einzurichten, daß eine Veranlassung zu dieser Forderung nicht vorliegt. Er wird nicht gezwungen, sein Haus in gutem Stand zu halten, seine Handlung zu unterlassen, es bleibt seiner eignen Erwägung anheimgestellt, ob er jeden Anlaß zu einer Befürchtung vermeiden oder den durch sein Verhalten Bedrohten sicherstellen will. Nicht immer aber kann man wissen, ob unser Verhalten einem Andern Gefahr droht und eben darum muß nicht ohne Weiteres der eintretende Schaden ersetzt werden, die Alternative ist nicht: reparire bezüglich unterlasse oder ersetze den Schaden, sondern: reparire bezüglich unterlasse oder versprich dem Bedrohten auf sein Verlangen Ersatz des Schadens[95]). Der Bedrohte, der ein Interesse an der Abwendung der Gefahr hat, soll nicht im Vertrauen auf den Rechtsschutz die Hände in den Schoß legen, er soll auf seiner Hut sein und rechtzeitig den Lässigen an seine Pflicht erinnern, durch Forderung der Caution dem-

95) Ist das Haus einmal baufällig, so kann, wenn der Bedrohte Caution verlangt, der Beklagte sich natürlich von der Verpflichtung zur Cautionsleistung nicht durch die Vornahme der Reparatur oder das Versprechen derselben befreien, schon deßhalb nicht, weil während der Reparatur wie nach derselben, wenn sie schlecht ausgeführt ist, der Einsturz erfolgen kann. Es ist nicht das Nichtthun, das Nichtrepariren, als solches, welches den Anspruch auf Cautionsleistung begründet, so daß mit dem Aufhören des Nichtthuns, mit dem Beginn der Reparatur der Anspruch aufgehoben wäre, sondern die fehlerhafte Beschaffenheit, der gefahrdrohende Zustand des Grundstücks, der durch das Thun nicht ohne Weiteres beseitigt wird.

selben seine Befürchtung kundgeben und ihn dadurch veranlassen, die Folgen seines Verhaltens sich klar zu machen — nicht als ob das blose Fordern der Caution ihm schon einen Anspruch auf Ersatz gebe, aber ohne seine Sorgfalt wird ihm Hilfe nicht gewährt. Rührt er sich nicht rechtzeitig, um Caution zu erlangen, so hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn ihn dann ein Schaden trifft, ohne daß er Vergütung verlangen kann[96]).

Ehe wir zu der Frage übergehen, unter welchen Voraussetzungen die Caution gefordert werden kann, muß ein Fall ausgeschieden werden: der mehrfach in den Quellen erwähnte Fall, wo ein rechtlicher Anspruch auf die Caution nicht begründet ist, aber doch freiwillig infolge der Vereinbarung der Parteien Sicherheit wegen künftigen Schadens geleistet

96) Dieser Gesichtspunct, daß das Nichtfordern der Caution von Seiten des Bedrohten eine Verschuldung insofern sei, als er sich den erlittenen Schaden selbst zuschreiben muß, wird in den Quellen mehrfach hervorgehoben. Nach l. 18. §. 8. 9. h. t. l. 36. de A. E. V. 19. 1. muß der Verkäufer vor Tradition des Objects wegen des demselben drohenden Schadens sich die c. d. infecti leisten lassen, widrigenfalls er dem Käufer ex vendito haftet, denn er hat omnis diligentia zu prästiren und pars est custodiae diligentiaeque hanc interponere stipulationem und huius quoque rei culpam praestat, und nach l. 8. h. t. soll ausnahmsweise auch ohne geleistete Caution ein Ersatzanspruch begründet sein, wenn er nämlich non ipsius negligentia, sed propter aliquod impedimentum sibi non prospexit. Vgl. auch l. 3. §. 3. de a. pl. a. 39. 3. und l. 13. §. 2. h. t., und über letztere Stelle Ziff. 10. bei Anm. 25.

wird. Natürlich können die Stellen, in denen von einer solchen Conventionalcaution die Rede ist, nicht als Beweismaterial für die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Recht auf Forderung der Caution zusteht, benutzt werden, namentlich ist aus derartigen Stellen kein Argument gegen die subsidiäre Natur der Caution zu entnehmen; ebensowenig ist auf solche Fälle, wo ohne alle Rücksicht auf das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen die Caution freiwillig geleistet wird, der Satz anwendbar, daß aus der geleisteten Caution eine Klage nicht hervorgeht, falls die Caution geleistet ist, ohne daß die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen[97]).

Die hauptsächlichste Anwendung findet diese Conventionalcaution im Verhältniß der Miteigenthümer zu einander, namentlich in Bezug auf den paries communis. In unserm Titel wird gerade von diesem Ver-

97) Nehmen wir z. B. an, mein Nachbar legt eine Düngergrube in der Nähe meines Hauses an. Nach der gewöhnlichen Ansicht — die wir freilich später als irrig kennen lernen werden — steht mir, falls die Feuchtigkeit in mein Grundstück herüberdringt und die Mauer meines Hauses beschädigt, die actio negatoria nicht blos auf Beseitigung dieser Anlage, sondern auch auf Ersatz des dadurch zugefügten Schadens zu, ich würde also infolge der Subsidiarität der Caution nicht das Recht haben, vom Nachbar Cautionsleistung zu verlangen, sondern müßte mich mit der actio negatoria begnügen. Wenn aber der Nachbar sich freiwillig mit mir dahin einigt, er wolle mir den etwaigen Schaden ersetzen, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß ich aus diesem Versprechen den Anspruch auf Ersatz geltend zu machen berechtigt bin.

hältniß ausführlich gehandelt und es ist hier der Platz, die einschlagenden Grundsätze zu erörtern.

Nach dem Begriff des Miteigenthums kann keiner der socii allein und eigenmächtig Verfügungen vornehmen, wodurch auf die Substanz der Sache eingewirkt wird: der andere mit einer solchen Verfügung nicht Einverstandene hat ein Verhinderungsrecht, weil in pari causa melior est conditio prohibentis. Bekanntlich ist es nun sehr bestritten, ob und inwieweit dieser Grundsatz eine Ausnahme erleidet, wenn es sich um eine nothwendige Reparatur der res communis handelt. Die l. 8. de S. P. U. 8. 2 spricht mit aller Schärfe den Grundsatz aus, daß auch hier keinem der Miteigenthümer die Befugniß des Alleinhandelns zustehe: parietem qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum demoliendi eum et reficiendi ius non est, quia non solus dominus est. Auch hier also bedarf es der Uebereinstimmung der Miteigenthümer, um den für die Sache entscheidenden Gesammtwillen hervorzubringen und auch hierauf paßt der Ausspruch der l. 11. si serv. vind. 8. 5., daß ille qui facere conatur quodammodo sibi alienum quoque ius praeripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti iure [re] communi velit. Unmöglich aber kann der Eine durch die unbegründete Renitenz des Andern gezwungen sein, die Sache dem Verfall entgegengehen zu lassen. In l. 32. h. t. wird der Anspruch des einen socius gegen den andern auf Leistung der c. d. infecti deßhalb zurückgewiesen, weil er selbst repariren und den Aufwand mit der actio pro socio oder communi dividundo ersetzt verlangen könne, und nach der oratio D. Marci wird dem socius, qui cessantis cessan-

tiumve portiones insulae restituerit, der Eigenthumsantheil der nicht reparirenden socii zugesprochen, falls ihm die Reparaturkosten nicht binnen vier Monaten vergütet werden[98]). Danach steht also doch dem Miteigenthümer das Recht eine nothwendige Reparatur vorzunehmen zu. Aber dieses Recht darf er gegen den Widerspruch des socius nicht eigenmächtig ausüben, er muß es, wenn eine Einigung nicht zu Stand kommt, gerichtlich geltend machen. Ebenso bestimmt, wie l. 8. cit. dem socius das ius reficiendi et demoliendi abspricht, weil er als Miteigenthümer nicht allein die willkürliche Disposition über die Sache hat, verweist ihn die l. 12. comm. div. 10. 3. auf diesen Weg, um gegen den Widerspruch des socius die Vornahme einer nothwendigen Reparatur durchzusetzen[99]). Auf die gerichtliche Lösung eines solchen Conflicts weisen denn auch l. 35. und l. 41. h. t. hin[100]): die Untersuchung über die Tauglichkeit der Mauer, die Verhandlung darüber, welche der Parteien bei einer Differenz über die Art der Reparatur den Vorrang verdiene, kann natürlich nur eine gerichtliche sein. Kommt es nun infolge des Mangels einer gütlichen Einigung zur Klage und

98) L. 52. §. 10. pro soc. 17. 2.

99) Si aedes communes sint aut paries communis, et eum reficere vel demoliri vel in eum immittere quid opus sit, communi dividundo iudicio erit agendum aut interdicto uti possidetis experimur.

100) In parietis communis demolitione ea quaeri oportet, satis aptus fuerit oneribus ferendis an non fuerit aptus — in reficiendo communi pariete ei potius facultas aedificandi praestatur, qui magis idonee reficere parietem velit.

bestreitet Beklagter die Nothwendigkeit der vom Kläger beabsichtigten Reparatur, mag diese in blosem Ausbessern oder in vollständigem Neubau mit Niederreißen der alten Mauer bestehen, so wird zunächst darüber verhandelt, ob die Mauer noch tauglich ist, um die Last der beiden Gebäude zu tragen[1]). Nach dem Ausfall dieser Untersuchung wird die Reparatur gestattet oder verweigert: der zum Dulden der Reparatur Verurtheilte muß dann dem dieselbe Vornehmenden verhältnißmäßig Ersatz leisten, widrigenfalls nach der oratio D. Marci sein Eigenthumsantheil auf jenen übergeht. Oft aber läßt sich die Frage nach der Nothwendigkeit der Reparatur zur Zeit nicht beantworten, sondern erst dann, wenn die Mauer bereits niedergerissen ist: in einem solchen Fall wird dem Kläger das Recht der Reparatur zugesprochen, aber auf seine Gefahr, gewissermaßen eventuell unter der sich erst später entscheidenden Voraussetzung, daß die Reparatur wirklich nothwendig war, er muß dem Beklagten cautio damni infecti leisten. Hiervon spricht Ulpian in l. 35. 37. h. t. Nachdem er zunächst hervorgehoben, daß in parietis communis demolitione darauf gesehen werden müsse, ob die Mauer tauglich gewesen oder nicht, fährt er in l. 37. fort:

> nam si non fuit, utique demolire eum oportuit nec debet, si quid damni ex hac causa attigit, is qui demolitus est teneri, nisi sumtuose aut parum bonus novus paries sit restitutus. quod si fuerit idoneus paries, qui demolitus est, in actionem damni infecti venit id, quanti interfuit actoris eum parietem stare: merito,

1) l. 35. 36. h. t.

nam si non debuit demoliri, restituere eum debet proprio sumptu. sed et si qui reditus ob demolitionem amissus est, consequenter restitui eum Sabinus voluit. si forte habitatores migraverunt aut non tam commode habitare possunt, imputari id aedificatori potest.

Ob die von dem Demolirenden geleistete c. d. infecti verfällt, hängt natürlich davon ab, ob ein Schaden infolge der Thätigkeit des Caventen eintritt. Einen Schaden erleidet aber der socius dann nicht, wenn das Niederreißen der Mauer wegen ihrer Untauglichkeit als nothwendig sich herausstellt d. h. das Niederreißen der Mauer als solches und das Erbauen einer neuen Mauer involvirt für ihn, trotzdem daß er verhältnißmäßig Ersatz leisten muß, einen Vermögensschaden nicht; aber auch, si quid damni ex hac causa attigit z. B. wenn seine Miether wegen der Demolirung der Mauer ausziehen, kann er aus der Caution einen Anspruch nicht geltend machen, und nur dann ist der Cavent ersatzpflichtig, wenn er entweder unnöthigen Aufwand gemacht oder die neue Mauer schlecht und untauglich errichtet hat. Stellt sich hingegen heraus, daß die demolirte Mauer noch tauglich, mithin die Demolirung unnöthig war, so haftet der Cavent dem socius auf das volle Interesse: nicht blos für Restituirung der Mauer auf eigne Kosten, sondern auch für Ersatz sonstigen Schadens z. B. wegen Verlustes des Miethgelds infolge des Ausziehens der Miether.

In diesem Fall ist die Caution nicht eine freiwillig geleistete. Sie wird durch richterliches Urtheil aufgelegt in dem Proceß, in welchem das Recht auf

Vornahme einer nothwendigen Reparatur verfolgt wird. Da der socius nicht solus dominus ist, so ist das Repariren gewissermaßen ein facere in alieno und die Gestattung dieses an sich berechtigten Thuns wird wie in andern Fällen des facere in alieno von vorgängiger Cautionsleistung abhängig gemacht. Wie nach l. 19. §. 4. loc. 19. 2., wenn der Miether sein ius tollendi mit der actio conducti geltend macht, in dem das tollere gestattenden Urtheil zugleich die Verpflichtung zur c. d. infecti ausgesprochen wird, so lautet auch hier das Urtheil auf Reparirendürfen gegen Caution. Das Gleiche gilt dann, wenn bei einem Streit der socii über die Art und Weise der Reparatur der Richter demjenigen, qui magis idonee reficere parietem velit, die facultas aedificandi gewährt: auch hier muß das Urtheil der obsiegenden Partei die Cautionspflicht auflegen.

Hingegen ist von einer Conventionalcaution zwischen Miteigenthümern unzweifelhaft die Rede in l. 43. §. 1. h. t.:

> Cum parietem communem aedificare quis cum vicino vellet, priusquam veterem demoliret [demolirent], damni infecti vicino repromisit adeoque [ab eoque] restipulatus est: postea-quam paries sublatus esset et habitatores ex vicinis coenaculis emigrassent, vicinus ab eo mercedem, quam habitatores non redderent, petere vult: quaesitum est, an recte petet. respondit non oportuisse eos, cum communem parietem aedificarent, inter se repromittere neque ullo modo alterum ab altero cogi potuisse — sed quoniam iam in totum repro-

misissent, omne, quod detrimenti ex mercede vicinus fecisset, praestaturum.

Wenn die Miteigenthümer über den Neubau eines paries communis einig sind und gemeinsam den Bau ausführen, so ist von einer Verpflichtung, daß der eine dem andern Caution leistet, nicht die Rede; der aus diesem gemeinsamen Bauen etwa entstehende Schaden trifft ja Jeden infolge seines eignen Willens, er kann also den Andern dafür nicht verantwortlich machen wollen. Haben sie sich aber infolge freiwilliger Vereinbarung gegenseitig Caution geleistet, so muß nun auch in Gemäßheit dieses Versprechens der dem Einen infolge der Bauthätigkeit treffende Schaden vom Andern vollständig vergütet werden.

Auch l. 39. pr. h. t. erwähnt die Conventionalcaution unter Miteigenthümern:

Inter quos paries communis est, aedificiorum nomine, quae quisque propria habet, stipulari damni infecti solent: sed tunc ea cautio necessaria est, cum aut alter solus aedificat et vitium ex opere futurum est, aut alter pretiosiora aedificia habet et plus damni sensurus sit decidente pariete: alioquin si aequale periculum est, quantum quis vicino praestat, tantum ab eo consequitur.

Die Nachbarn, deren Gebäude eine gemeinsame Mauer haben, pflegen sich gegenseitig für das in ihrem Alleineigenthum stehende Haus Caution leisten zu lassen. Der Jurist denkt dabei zunächst an den Fall eines durch Einsturz der baufälligen Mauer drohenden Schadens: eine solche Caution ist im Resultat ohne Effect, wenn

der Schaden für beide gleich groß ist, denn da alsdann jeder vom andern so viel zu fordern berechtigt ist wie er diesem leisten muß, so gleicht sich das aus. Nur dann ist die cautio necessaria, wenn der eine decidente pariete plus damni sensurus sit, z. B. weil sein Haus werthvoller ist, nur dann hat er einen Vortheil aus der Caution, insofern als er eben den Mehrbetrag seines Schadens ersetzt erhält. Zugleich wird aber noch ein weiterer Fall angeführt, wo die cautio necessaria ist, nämlich cum alter solus aedificat et vitium ex opere futurum est, also wenn der Schaden nicht decidente pariete infolge der Fehlerhaftigkeit des paries communis eintritt, sondern infolge der Bauthätigkeit des Miteigenthümers. In diesem Fall handelt es sich aber nicht mehr um Conventionalcaution, denn das Alleinbauen ist ja nach dem Bisherigen nur gegen Cautionsleistung gestattet: hier ist die Caution nicht blos necessaria in dem Sinn, daß sie dem Stipulanten wirklich einen Vortheil gewährt, sie ist hier necessaria im Sinn einer gesetzlich nothwendigen[2]).

Wenn nun nach l. 39. pr. cit. für den Fall etwaigen Einsturzes des paries communis unter den Miteigenthümern freiwillig, und zwar bei verschiedener Höhe des Schadens wirksam, Caution geleistet zu werden

2) Natürlich leidet der erstere Satz, daß trotz der Conventionalcaution beim Einsturz der Mauer dem Effect nach ein Anspruch aus der Caution nicht zusteht, falls der Schaden auf beiden Seiten gleich groß ist, auch Anwendung auf den in l. 43. §. 1. h. t. besprochenen Fall des gemeinsamen Neubaus des paries communis: bei gleicher Höhe des Schadens für Beide tritt nothwendigerweise auch hier Compensation ein.

pflegt, wie verträgt sich damit die l. 40. §. 1. h. t.? Der Satz: quotiens communis parietis vitio quid accidit, socius socio nihil praestare debet, cum communis rei vitio contigerit, widerspricht, wenn man diese Stelle von der Unzulässigkeit der Klage auf Ersatz aus der geleisteten cautio d. infecti versteht, der Entscheidung der l. 39. pr. cit. Ein gesetzlicher Anspruch auf Caution steht bei Fehlerhaftigkeit der Koppelmauer nicht zu, es könnte also nur die Conventionalcaution gemeint sein: hat diese aber einmal stattgefunden, so ist, falls nur der Schaden auf beiden Seiten nicht gleich ist, unzweifelhaft die actio ex stipulatu auf Ersatz begründet, unmöglich könnte dann der Jurist die Ersatzpflicht damit zurückweisen, daß der Schaden communis rei vitio contigerit. Man muß daher annehmen, daß diese Stelle gar nicht von der cautio d. inf. und von der actio ex stipulatu spricht, sondern von den Ansprüchen der socii gegeneinander unabhängig von vorgängiger Cautionsleistung[3]). Ist der Schaden infolge vitium rei eingetreten, so hat keiner dem andern Ersatz zu leisten; ist hingegen — so fährt die Stelle fort — der Schaden dadurch verursacht, daß der eine die Mauer zu sehr belastet hat, so muß er, durch den der Schaden verursacht ist, denselben ersetzen; stürzt aber die Mauer deßhalb ein, weil beide die Mauer zu sehr belastet haben, so befinden sich beide in gleicher Lage, beide trifft gleichmäßig ein Vorwurf und keiner kann gegen den andern eine Klage auf Ersatz erheben, auch dann nicht, wenn er einen größern Nachtheil als der andere erlitten hat.

3) So auch Hesse Rechtsverh. I. S. 112.

Endlich kann nur von Conventionalcaution die l. 28. h. t. verstanden werden. Die actio ex stipulatu geht auch auf Ersatz der Impensen, die der Stipulant propter metum ruinae auf das Stützen seines Hauses verwandt hat, idemque iuris esse, cum propter vitium communis parietis qui cavit sibi damni infecti, onerum eorum relevandorum gratia, quae in parietem incumbunt, aedificia sua fulsit.

Außer diesen Conventionalcautionen, die sich, weil sie den gewöhnlichen Grundsätzen über Verträge unterliegen und besondere Eigenthümlichkeiten nicht darbieten, von unserer Betrachtung ganz ausscheiden, soll es nach Hesse[4]) neben der eigentlichen cautio damni infecti noch eine Caution bei richterlicher Verurtheilung des Beklagten geben, die zwar mit dieser bisweilen Aehnlichkeit habe, aber doch nicht auf gleichen Principien beruhe. Wenn nämlich bei Ansprüchen auf Schadensersatz der Schaden theilweise schon eingetreten und es wahrscheinlich, jedoch noch nicht gewiß sei, daß noch fernerer Schaden eintreten werde, so könne der Beschädigte sogleich auf die Erstattung des bereits eingetretenen Schadens klagen und wegen des noch befürchteten eine Cautionsleistung (cautio de damno futuro oder damni infecti) verlangen. Der Zweck dieser Caution liege darin, daß man alle Hindernisse und Verzögerungen der Rechtsverfolgung, welche aus der Eigenthümlichkeit der condemnatio pecuniaria und der res iudicata im Formularproceß dem Kläger erwachsen konnten, aus dem Weg räumen wollte: deßhalb sei auf Antrag des Klägers in dem Haupturtheil zugleich auf Leistung dieser Caution erkannt worden.

4) Rechtsverhältn. I. S. 114 ff.

Eine solche Caution soll sich in l. 38. pr. pro soc. 17. 2., l. 23. de A. E. V. 19. 1., l. 14. §. 3. de a. pl. a. 39. 3. und l. 18. de S. P. U. 8. 2. finden. Die beiden ersten Stellen — wonach der Richter im Urtheil auf die actio pro socio die Regulirung des künftigen Verlusts oder Gewinns durch Cautionen sichern soll und der einen Sclaven mit seinem peculium Verkaufende, der dann den Sclaven manumittirt, nicht blos wegen des Peculiums haftet, sondern auch caviren muß, daß er das aus dem Nachlaß des Libertus an ihn Gelangende restituiren werde — enthalten Fälle, die sich mit der cautio damni infecti im technischen Sinn auch nicht entfernt vergleichen lassen; ebensogut würde man die Verpflichtung des Legatars, dem das Legat auszahlenden Erben zu caviren, daß er für den Fall einer Verletzung der quarta Falcidia das zu viel Gezahlte zurückerstatten werde, als c. d. infecti bezeichnen können; ebenso wäre es wieder c. d. infecti, wenn dem Ehemann bei Rückgabe der dos von dem Empfänger cavirt wird, daß ihm dasjenige vergütet werden werde, was er bei etwaigem Einsturz des ehemaligen Dotalgebäudes infolge der früher von ihm geleisteten c. d. infecti an Schadenersatz zu zahlen hat[5]). Wollte man alle diese Fälle des Versprechens der Schadloshaltung unter den wenn auch weiteren Begriff der c. d. infecti subsumiren, so würde schließlich jede Cautionsleistung sich als cautio damni infecti characterisiren lassen[6]). In

5) l. 55. sol. matr. 24. 3. Vgl. auch l. 25. §. 4. eod. l. 22. de pecul. 15. 1.

6) Warum dann z. B. nicht auch die nach l. 13. de quaest. 48. 18. von dem Ankläger, der die Folterung eines fremden Sclaven beantragt, zu leistende Caution?

diesen Fällen handelt es sich also nicht um die eigentliche c. d. infecti. Hingegen sprechen umgekehrt die beiden letzten Stellen von der c. d. infecti im technischen Sinn. Wie Hesse die l. 18. cit.[7]) von einer Caution bei richterlicher Verurtheilung des Beklagten verstehen und von einer Caution, die nur Aehnlichkeit mit der eigentlichen c. d. infecti habe, aber doch nicht auf gleichen Prinzipien beruhe, sprechen kann, ist schwer zu erklären: von einer bei Gelegenheit eines richterlichen Urtheils aufgelegten Caution ist doch hier nicht die Rede. Die l. 14. §. 3. cit. endlich enthält auch nur einen gewöhnlichen Fall der c. d. infecti. Nach dem §. 2. eod. kann mit der actio aquae pluviae arcendae nur das futurum damnum geltend gemacht werden, die Klage geht auf Beseitigung des schadendrohenden opus; der §. 3 fährt fort: de eo quod ante datum est, quod vi aut clam agendum est. de eo quod post sententiam iudicis futurum est, damni infecti caveri oportet vel ita opus restituendum est ut nullum periculum damni supersit. Die Stelle sagt nichts weniger als daß dem auf die actio aquae pluviae arcendae hin verurtheilten Beklagten durch das Urtheil die Verpflichtung zur Cautionsleistung aufgelegt werde. Wenn der Beklagte dem arbitratus iudicis gehorchend die Restitution des schadendrohenden opus vornimmt, aber doch nicht so, ut nullum periculum damni supersit, so kann wegen des alten trotz der Restitution noch immer schadendrohenden opus nicht nochmals mit

7) Si fistulae, per quas aquam ducas, damnum mihi dent, in factum actio mihi competit, sed et damni infecti a te stipulari potero.

der actio a. pl. arc. geklagt werden, da diese Klage consummirt ist[8]): das Mittel gegen damnum futurum sich zu schützen ist hier die Forderung der cautio damni infecti.

10. Welches sind nun die Voraussetzungen, unter denen ein rechtlicher Anspruch auf Leistung der c. d. infecti begründet ist?

Schon früher wurde bemerkt, daß das prätorische Edict in l. 7. pr. h. t. nur Bestimmungen über die Art der Cautionsleistung und die Folgen ihrer Verweigerung, hingegen nichts über die materiellen Voraussetzungen für die Forderung derselben enthält. Auch die Auslassungen der römischen Juristen über diese Frage sind dürftig. Hierdurch wie durch den weitern Umstand, daß in den Quellen die verschiedenen Fälle der Caution nicht überall gehörig geschieden sind und Manches, was blos für die eine Kategorie gilt, als für die c. d. infecti überhaupt giltig erscheint, wird die Beantwortung dieser wie mancher anderen Fragen besonders schwierig. Um aus den einzelnen Entscheidungen das Princip zu bilden, ist eine scharfe Sonderung der verschiedenen Fälle nöthig. Dabei ist zu bemerken, daß infolge des engen Zusammenhangs der beiden Fragen, wann die Caution wegen drohenden Schadens gefordert werden kann und wann der eingetretene Schaden auf Grund der geleisteten Caution ersetzt werden muß, das von den Bedingungen für den Verfall der Stipulation Gesagte zum Theil verwendbar ist für die Lehre von den Voraussetzungen des

8) Nur wenn nach der litis contestatio wieder ein opus nocens gemacht ist, ist nach l. 14. §. 4. eod. novo iudicio agendum.

Anſpruchs auf Leiſtung der Caution[9]). Es müſſen daher auch die auf jene Frage bezüglichen Quellenentſcheidungen in den Kreis der Beſprechung hereingezogen werden.

Die Stellen, welche von den Vorausſetzungen der c. d. infecti handeln bezüglich den Inhalt des Verſprechens angeben, ſind folgende:

l. 19. §. 1. h. t. Sive *aedium vitio* sive *operis, quod* vel in aedibus vel in loco urbano aut rustico, privato publicove *fiat, damni aliquid futurum sit,* curat praetor, ut timenti damnum caveatur.

l. 24. §. 2. eod. Sed ut ne quid *aedium loci operisve vitio damnum factum sit,* stipulatio interponitur de eo [de meo] sine satisdatione:

9) Allerdings wird eine Reihe von Fragen regelmäßig erſt bei Anſtellung der actio ex stipulatu zur Sprache kommen: ob der eingetretene Schaden wirklich ſeinen Grund in der Thatſache hat, von welcher derſelbe befürchtet wurde und für deren Folgen cavirt iſt, ob der durch die betreffende Thatſache verurſachte Nachtheil wirklich ein Schaden im Rechtsſinn iſt, z. B. ob Erſatz zu leiſten iſt, wenn das Haus infolge eines Erdbebens einſtürzt, wenn der Schaden in Entziehen von Licht oder Waſſer beſteht, das gehört an ſich in die Lehre vom Verfall der Stipulation. Aber doch können derartige Fragen auch ſchon bei der Erhebung des Anſpruchs auf Cautionsleiſtung zur Verhandlung kommen: verlangt Jemand z. B. Caution von dem einen Neubau aufführenden Nachbar aus dem Grund, weil ihm durch dieſen Neubau das Licht entzogen werde, ſo wird unzweifelhaft gleich jetzt ſein Anſpruch zurückgewieſen.

quae non solum ad totas aedes, sed etiam ad partem aedium pertinet. —

l. 24. §. 9. eod. — — stipulationem istam, in qua haec comprehenduntur *‚si quid arborum locive vitio acciderit‘*.

l. 24. §. 12. eod. — Stipulatio enim hoc continet, quod *vitio aedium loci operis damnum fit* —

l. 18. rat. rem hab. 46. 8 — — cavet enim *‚si quid ibi ruet scindetur fodietur aedificabitur‘*. —

Am schärfsten scheidet Gajus in l. 19. §. 1. cit. die beiden Fälle der Caution, wegen Baufälligkeit eines Gebäudes (vitio aedium) und wegen *facere* (vitio operis quod fit). Dem ersten Fall entspricht das ruet, dem letztern das scindetur fodietur aedificabitur in l. 18. cit. Neben dem vitium aedium wird genannt und nach gleichen Grundsätzen behandelt das vitium arborum: welche Bedeutung dem vitium loci beizulegen ist, werden wir im Folgenden zu erörtern haben.

Nach diesen Stellen ist soviel klar, daß die Caution gefordert werden kann wegen damnum futurum, falls der Schaden befürchtet wird von einem vitium aedium (oder arborum), loci, operis; nicht minder klar ist aber, daß diese Angabe nicht erschöpfend ist und einer Reihe von Zweifeln Raum läßt.

Der Schaden muß in der Zukunft liegen, er darf nur drohen: wegen damnum iam factum kann selbstverständlich eine cautio damni infecti nicht verlangt werden. Muß er aber wirklich drohen, d. h. muß eine Sicherheit oder doch Wahrscheinlichkeit, daß er eintreten

werde, vorliegen? Gewiß nicht: damnum infectum est quod futurum veremur (l. 2. h. t.), curat praetor, ut timenti damnum caveatur (l. 19. §. 1. h. t.), nur auf die Furcht kommt es an, nicht darauf, ob die Furcht begründet ist. Durch den Eintritt des befürchteten Schadens zeigt es sich, daß die Caution nicht ohne Grund gefordert war[10]). Wie dadurch die actio ex stipulatu begründet wird, so erscheint damit auch rückwärts die Forderung der Caution als gerechtfertigt. Doch giebt es Fälle, wo bei Anstellung der actio ex stipulatu der Beweis des metus iustus besonders geführt werden muß. Stürzt das Haus, wegen dessen cavirt ist, wirklich ein, so handelt es sich eben nur noch um den Beweis des dadurch verursachten Schadens, wird hingegen, wie dies möglich ist, die Klage vor Einsturz des Hauses erhoben, so ist der Schaden, dessen Ersatz gefordert wird, nicht durch den Eintritt des befürchteten Ereignisses selbst, durch den Einsturz, herbeigeführt, sondern durch die Gefahr des Einsturzes: hier muß die Gefahr nicht blos subjectiv befürchtet, sondern objectiv vorhanden gewesen sein. Von einem solchen Fall handelt die l. 28. h. t.

— Cassius scribit eum, qui damni infecti stipulatus est, si propter metum ruinae ea aedificia, quorum nomine sibi cavit, fulsit, impensas eius rei ex stipulatu consequi posse —. in eadem causa est detrimentum quoque propter emigra-

10) Erweist sich die Befürchtung des Cautionssuchers als unbegründet, so ist natürlich das Versprechen, den drohenden Schaden zu ersetzen, welches ja nur für eine bestimmte Zeit bindet, ohne Folge, und darum liegt in jenem Satz keine Härte für den Imploraten.

tionem inquilinorum, quod ex iusto metu factum est. Aristo autem non male adicit, sicuti hic exigit Cassius, ut si iustus metus migrandi causam praebuerit, ita in eius personam qui fulsit eadem Cassium dicere debuisse, si iusto metu ruinae fulcire coactus est.

Der befürchtete Schaden muß ein wirkliches damnum, eine ademtio et deminutio patrimonii (l. 3. h. t.) sein. Das Entziehen eines bisher blos factisch genossenen Vortheils begründet, wie wir früher bei Betrachtung der l. 24. §. ult. — l. 26. h. t. gesehen haben[11]), einen Anspruch weder auf Leistung der Caution noch aus der geleisteten Caution: ein Schaden im Rechtssinn liegt in einem solchen Falle nicht vor.

Was die Art des Schadens betrifft, so besteht dieselbe hauptsächlich in der Verletzung der Substanz des Grundstücks, wegen dessen die Caution verlangt wird, sowie der darauf befindlichen Sachen, seien es res soli wie Gebäude und sonstige Anlagen, Bäume, Saaten, oder Mobilien. Natürlich bezieht sich das Versprechen des Ersatzes auch auf die weitern Folgen dieser Substanzverletzung: besteht an einem Grundstück eine superficies, so ist die Stipulation et soli domino utilis, si solo damnum datum fuerit, ut tota superficies tolleretur, fraudabitur enim dominus soli in pensione percipienda[12]); war die Mauer, deren Demolirung dem einen Miteigenthümer gegen c. d. infecti gestattet worden, noch tauglich, so besteht der Schaden in der Nichtexistenz der Mauer und der Anspruch geht auf Restitution proprio sumptu

11) Vgl. oben Ziff. 4. bei Anm. 35.
12) l. 39. §. 2. h. t.

und Ersatz des entgangenen Miethzinses; war die Demolirung durch die Mangelhaftigkeit der Mauer gerechtfertigt, so kann dem Stipulanten immer noch ein Schaden erwachsen dadurch, daß die neue Mauer mit zu großem Aufwand oder zu schlecht errichtet ist[13]). Ebenso ist Schaden aller Vermögensverlust, der uns vor Eintritt der Substanzverletzung, aber infolge der wirklich drohenden Gefahr trifft, z. B. die auf Stützen des Gebäudes verwendeten Kosten, der Verlust des Miethgeldes[14]). Als der Hauptfall der Substanzverletzung erscheint in den Quellen der, daß das Haus des Stipulanten infolge des Einsturzes des Nachbarhauses beschädigt wird[15]). Die Verletzung kann aber auch durch Feuer geschehen: der Nachbar hat einen Backofen so nahe an meiner Mauer, ut metuam ne mihi damnum det[16]). Ebenso durch Wasser, welches auf mein Grundstück herübergedrängt wird: wer in flumine publico ripave eius Schutzanstalten gegen Wassersgefahr macht, muß wegen dieses opus caviren und zwar auch dahin, daß nicht den übrigen Anliegern nunmehr durch das Wasser Schaden drohe[17]); gegen denjenigen, der in publico ein den Lauf des Regenwassers änderndes opus nocens errichtet, kann nicht die actio aquae pluviae

13) l. 37. h. t. Vgl. oben Ziff. 9. bei Anm. 1.
14) l. 28. 29. h. t.
15) Dabei genügt es zur Begründung der Klage auf Ersatz, daß nur der Keim dazu gelegt ist. l. 18. §. 11. h. t. Vgl. unten Ziff. 37.
16) l. 27. §. 10. ad leg. Aquil. 9. 2. l. 24. §. 7. h. t.
17) Denn nach l. un. §. 4. de ripa mun. 43. 15. ist auch denen zu caviren, qui trans flumen possidebunt. Vgl. l. 23. §. 2. de a. pl. a. 39. 3.

arcendae, wohl aber der Anspruch auf c. d. infecti erhoben werden[18]) und wenn der auf die actio aquae pluviae arcendae hin verurtheilte Beklagte die Restitution des opus nicht so vornimmt, ut nullum periculum damni supersit, kann der Kläger wegen dieses durch fortdauerndes Herüberfließen des Regenwassers drohenden Nachtheils Cautionsleistung verlangen[19]); si fistulae, per quas aquam ducas, damnum mihi dent — damni infecti a te stipulari potero[20]); wenn mein Nachbar an meiner Mauer eine Düngergrube angelegt hat, kann ich auf Grund der geleisteten Caution Ersatz des durch das Feuchtwerden der Mauer mir erwachsenden Schadens fordern[21]). — In den Fällen, wo Jemand kraft dinglichen oder persönlichen Rechts die Befugniß hat, auf einem fremden Grundstück eine Handlung vorzunehmen, besteht der befürchtete Schaden gleichfalls in einer Substanzverletzung, verursacht durch die Vornahme desjenigen, was zur Ausübung der betreffenden Befugniß erforderlich ist: durch Betreten des Grundstücks, um die übergefallenen Früchte zu holen, durch Ausgraben des im Grundstück verborgenen Schatzes, durch Wegschaffen der vi fluminis importata, durch Wegnahme der im gemietheten Haus angebrachten Vorrichtungen, durch das Anfahren der zur Reparatur des Wegs nöthigen Materialien, durch das zum Zweck der Reinigung und Reparatur der Cloaken vorgenommene Aufreißen des Pflasters u. ä. Das, was für diesen

18) l. 3. §. 3. D. 39. 3.

19) l. 14. §. 3. eod. Vgl. oben Ziff. 9. a. E.

20) l. 18. de S. P. U. 8. 2.

21) l. 17. §. 2. si serv. vind. 8. 5.

zuletzt angeführten Fall in l. 1. §. 12. de cloac. 43. 23. besonders hervorgehoben wird: verendum, ne eo casu damni infecti stipulatio committatur; sed haec stipulatio non committitur, si paratus sit restaurare id, quod ex necessitate reficiendae cloacae causa resciderat, ist sicher nicht[22]) hierauf zu beschränken, sondern muß in gleicher Weise in andern ähnlichen Fällen gelten, z. B. im Fall des interdictum de thesauro: auch hier ist die Zufügung eines Schadens unerläßlich, indem der Schatz ohne eine derartige Einwirkung auf das Grundstück, in dem er vergraben ist, nicht erlangt werden kann; erst wenn der frühere Zustand nicht wiederhergestellt wird, kann die Stipulation verfallen.

In allen Fällen ist, wenn dies auch nicht ausdrücklich als Erforderniß der Caution hingestellt wird, vorausgesetzt, daß der Schaden von einem Grundstück oder dessen Bestandtheilen ausgeht, sei es, daß der Schaden von der Beschaffenheit des Grundstücks selbst ohne jede Thätigkeit eines Menschen droht, sei es, daß an oder auf dem Grundstück eine Handlung vorgenommen und hiervon der Schaden befürchtet wird, in welch letzterm Fall wieder die doppelte Möglichkeit besteht, daß entweder die Thätigkeit als solche oder das Resultat derselben als die Ursache des befürchteten Schadens erscheint[23]). Ebenso muß es ein Grundstück sein, dem der Schaden zunächst und unmittelbar droht, für Mobilien kann die Caution nur dann verlangt wer-

22) Wie Schmidt Zeitschr. f. gesch. R. W. XV. S. 79., indem er von einer hier „sehr mild interpretirten" Caution spricht, anzunehmen scheint.

23) Vgl. oben Ziff. 4. bei Anm. 40.

den, wenn sie durch den das Grundstück treffenden Schaden mitbetroffen werden. So haben die Miether den Anspruch auf Caution wegen ihrer in der Miethwohnung befindlichen Mobilien nur dann, wenn durch den Einsturz des Nachbarhauses Beschädigung der Miethwohnung und mit dieser auch der darin befindlichen Mobilien droht. Es muß also jedenfalls ein Grundstück activ wie passiv der Leiter des Schadens sein. — Regelmäßig wird das Grundstück, von dem der Schaden ausgeht, ein anderes sein als dasjenige, dem der Schaden zugefügt wird. Doch ist dies, wie die Fälle des facere in alieno privato zeigen, nicht nothwendig. Da, wo zwei Grundstücke in Frage sind, muß naturgemäß ihre Lage eine solche sein, daß eine Beschädigung des einen durch das andere überhaupt denkbar ist; daß die beiden Grundstücke unmittelbar aneinander grenzen, ist nicht erforderlich[24]). Eigenthümlich gestaltet sich die Sache, wenn zwischen einem den Einsturz drohenden Haus und meinem Grundstück das Haus eines Dritten liegt. Hier droht zunächst dem zwischenliegenden Haus der Schaden aus der Fehlerhaftigkeit des ersten, aber auch mein Haus ist gefährdet und zwar auf zweifache Weise: das einstürzende baufällige Haus kann, indem es auf das zwischenliegende Haus stürzt, durch seine Trümmer mir Schaden zufügen, zugleich kann aber dadurch das zwischenliegende an sich fehlerfreie Haus mit niedergerissen werden und durch seinen Einsturz mir schaden — die

24) Dies wird nicht nur durch die gleich im Folgenden zu erörternde l. 13. §. 2. h. t. bewiesen, sondern auch durch l. un. §. 4. de ripa mun. 43. 15, nach welcher etiam his qui trans flumen possidebunt cavirt werden muß.

Gefahr, die ihm von dem ersten droht, macht es zugleich zu einem gefahrdrohenden für mich, ohne daß es selbst fehlerhaft ist. Nach l. 13. §. 2. h. t. müssen Beide, der Eigenthümer des baufälligen wie des zwischenliegenden Hauses, mir caviren: der Erstere deßhalb, quia fieri potest, ut aedes vitiosae in aedes non vitiosas incidentes damnum mihi dent, in Bezug auf den Zweiten wird das aus dem Umstand, daß der Schaden nicht von der Fehlerhaftigkeit des zwischenliegenden Hauses droht, sich ergebende Bedenken[25]) damit zurückgewiesen, daß er selbst daran schuld ist, wenn er sein Haus zu einem infolge der Möglichkeit des Einsturzes des Nachbarhauses selbst gefahrdrohenden werden läßt, da er ja seinerseits durch Forderung der c. d. infecti — wodurch, das ist offenbar der diesem Argument zu Grund liegende Gedanke, der Eigenthümer des baufälligen Hauses zur Reparatur und Abwendung der Gefahr bewogen worden wäre — sich gegen diese Gefahr schützen konnte[26]).

11. Wir kommen nunmehr zu der Hauptfrage: wodurch muß der Schaden befürchtet werden?

25) Quamvis possit quis dicere non vitio incolumium aedium hoc factum, si aliae in eas incidentes damni causam praebuerunt.

26) Sed cum prospicere sibi potuerit damni infecti cautionem, non prospexerit, merito convenietur. Das Gewicht liegt auf der Nachlässigkeit des Beklagten, der Gesichtspunct, daß er ökonomisch seine Ersatzpflicht auf den Eigenthümer des baufälligen Hauses übertragen kann und darum in seiner Haftpflicht keine Härte liegt, steht erst in zweiter Linie. Anders Elvers Servitutenlehre S. 529. N. e.

Die Antwort der Quellen lautet: es muß sein ein damnum *vitio aedium (arborum), loci, operis.*

Der Ausdruck *vitium* ist vieldeutig. Bisweilen ist vitium identisch mit damnum[27]): diesen Sinn kann es natürlich hier nicht haben. Vielmehr bedeutet es in diesem Zusammenhang soviel wie Ursache, Grund. Damnum vitio aedium et operis ist der Schaden, der durch aedes und opus verursacht wird, zugleich mit der Nebenbedeutung, daß die Ursache des Schadens nicht auf eine eigentliche culpa des Beklagten zurückgeführt zu werden braucht: in quas tamen actiones (ex conducto et locato) ultra culpam nihil venit, plus autem in stipulationem venit damni infecti, quod quidem vitium eius esse dicitur (l. 18. §. 4. h. t.). Es ist also, ohne alle Rücksicht auf culpa, die schadende Eigenschaft einer Sache oder Handlung. Diese schadende Eigenschaft ist nun allerdings bei Gebäuden und Bäumen die Schadhaftigkeit, Fehlerhaftigkeit derselben: der Schaden vitio aedium et arborum ist der Schaden durch aedes vitiosae, ruinosae, damnose imminentes, durch infirmitas aedium, vetustas arborum[28]). Durchaus irrig ist es aber, unter vitium allgemein Fehler-

27) Vitium ex opere futurum (l. 39. pr. h. t.), vitium facere (l. 32. h. t.), si quid aliud vitii accolae ex facto eius qui convenitur, sentient (l. un. §. 3. ne quid in flum. p. fiat 43. 13.).

28) Vitium facere im Sinn von fehlerhaft sein, vitium non facere im Gegensatz zu vitiosum esse: l. 15. §. 13. 14. l. 32. h. t. Vgl. auch l. 7. §. 2. l. 9. pr. §. 4. l. 13. §. 2. 6. 10. 11. l. 15. §. 11. 30. 34. 35. l. 18. §. 2. 6. l. 20. l. 24. §. 2. 9. 10. l. 28. 29. l. 40. §. 1. 3. h. t.

haftigkeit und Mangelhaftigkeit zu verstehen[29]). Von vitium operis ist in Fällen die Rede, wo das opus als solches ganz fehlerfrei ist und wo der Sinn nur sein kann, daß das opus die Ursache des Schadens ist. In Bezug auf das Abschneiden der Wasseradern durch Anlegung eines Brunnens wird von damnum vitio operis gesprochen, der Servitutberechtigte, der den Weg ausbessern will, soll damni infecti quod per eius operis vitium datum sit cavirен, wer das Interdict de cloacis impetrirt, muß Caution für den vitio operis, durch das Reinigen und die Reparatur, verursachten Schaden leisten[30]). — Hier ist vitium operis nicht die Mangelhaftigkeit des opus, sondern es wird damit nur bezeichnet, daß durch das opus ein Schaden herbeigeführt ist. In l. 43. §. 2. h. t. sind die Ausdrücke vitio operis und propter opus nebeneinander als gleichbedeutend gebraucht, in l. 37. h. t. könnte statt si quid damni ex hac causa attigit ebenso gut gesagt sein vitio huius operis, wie in l. 13. §. 10. h. t. neben dem vitio aedium das damnum operis steht und das de eo opere des prätorischen Edicts in l. 15. §. 5. h. t. mit de eo damno quod ex opere fit wiedergegeben ist und in l. 15. ad exhib. 10. 4. in Bezug auf das Ausgraben des Schatzes von der Caution operis nomine gesprochen wird.

Was nun die einzelnen Fälle betrifft, so fällt es zunächst auf, daß Ulpian in l. 24. §. 2. 12. h. t.,

29) Reinhard Arch. f. civ. Prax. XXX. S. 228—230. Hesse Rechtsverh. I. S. 72.

30) l. 24. §. ult. h. t. l. 3. §. 11. l. 5. §. 4. de itin. 43. 19. l. 1. de cloac. 43. 23.

wo er vom Inhalt und Verfall der Stipulation spricht, eine Dreitheilung zu machen scheint, während Gajus, der in l. 19. §. 1. h. t. die Bedingungen für den Anspruch auf Cautionsleistung angiebt, das vitium aedium und das vitium operis einander gegenüberstellt und beim opus wieder die Unterabtheilung macht, ob es in aedibus oder in loco fit, wobei der locus entweder urbanus oder rusticus, privatus oder publicus sein könne. Jedenfalls tritt bei Gajus der practisch wichtige Gegensatz zwischen der Caution, die wegen einer leblosen Sache und derjenigen, die wegen eines facere gefordert wird, am schärfsten hervor. Aber auch Ulpian macht in Wahrheit dieselbe Unterscheidung: er bestimmt im §. 2. den Begriff des vitium aedium et loci — und wir werden sehen, daß hier vitium loci eben nur in Verbindung mit vitium aedium gemeint ist — und geht dann im §. 6. zum vitium operis über, von dem er dann weiter am Schluß dieser Stelle und in l. 26. h. t. spricht.

Vitium aedium ist, wie schon bemerkt, die schadendrohende Beschaffenheit eines Gebäudes, welche auf der Fehlerhaftigkeit, Baufälligkeit desselben beruht, so daß ein Einsturz desselben aus diesem Grunde befürchtet wird. Ob diese Beschaffenheit ihre Ursache in schlechter Bauart, schlechtem Material oder im Alter des Gebäudes hat, ist gleichgiltig, es genügt, daß dieser Zustand vorhanden ist und geändert werden sollte und könnte. Daß die stipulatio non solum ad totas aedes, sed etiam ad partem aedium pertinet, hebt Ulpian in l. 24. §. 2. ausdrücklich hervor und die suggrundia et proiectiones sind in der Rubrik unsres Titels besonders erwähnt. Auch bei den den aedes gleichstehenden ar-

bores ist die vetustas, die infirmitas der Grund des drohenden Schadens. Aus diesem Erforderniß, daß der Schaden ein infolge der fehlerhaften Beschaffenheit drohender sein muß, ergiebt sich eine Beschränkung der Cautionspflicht bezüglich der Pflicht aus der geleisteten Caution Ersatz zu leisten. Wenn Jemand von seinem Nachbar deßhalb Caution fordern wollte, weil in der letzten Zeit häufig Erdbeben vorgekommen seien und er von einer neuen Erschütterung Einsturz des bisher ganz intacten Nachbarhauses befürchte, so würde er mit diesem Anspruch zurückgewiesen werden; ist ihm vom Nachbar wegen eines angeblich baufälligen Hauses cavirt worden und wird dann bei einer Ueberschwemmung lediglich durch die Gewalt der Fluthen das Haus umgerissen, so ist die actio ex stipulatu nicht begründet. Wäre hingegen infolge der Ueberschwemmung das Haus nicht sofort eingestürzt, sondern nur schadhaft geworden, so muß jetzt der Eigenthümer dem Verlangen der Cautionsleistung Folge geben und wenn dann später der Einsturz wirklich erfolgt, den Schaden ersetzen, offenbar aber doch nur in dem Fall, wenn in der Zwischenzeit überhaupt die Vornahme der Reparatur möglich war. Insofern muß das damnum ein *iniuria datum* sein, nicht im Sinn der lex Aquilia als ein durch wirkliche culpa verursachtes, sondern in dem Sinn, daß dem Eigenthümer nicht der gerechte Entschuldigungsgrund der gänzlichen Unmöglichkeit einer Abwendung des Schadens zur Seite steht: ein damnum cui nulla ope occurri poterit (l. 24. §. 8. h. t.) ist der Gegensatz zu dem damnum quod iniuria fit.

Auf diese Beschränkung, nach welcher eine Haftpflicht nur dann stattfindet, wenn eine iniuria in dem

angegebenen Sinn vorliegt, beziehen sich die §§. 2—5. 8—11. der l. 24. h. t. Die Betrachtung des §. 2. soll bis zuletzt ausgesetzt werden, da derselbe Veranlassung zu einer weitern Untersuchung giebt und überdies sein volles Verständniß erst durch das in den folgenden Paragraphen Ausgeführte erhält.

In §. 3. wirft Ulpian die Frage auf: haec stipulatio utrum id solum damnum contineat, quod iniuria fit, an vero omne damnum, quod extrinsecus contingat? Er antwortet zunächst mit den Worten Labeos, daß eine Klage auf Ersatz nicht zustehe, si quid forte terrae motu aut vi fluminis aliove quo casu fortuito acciderit. Ebenso haftet nach Servius der Cavent, wenn von dessen Haus durch den Wind herabgeworfene Ziegel schaden, nur dann, si aedificii vitio id acciderit, non si violentia ventorum vel qua alia ratione, quae vim habet divinam; die gegentheilige Annahme würde unbillig sein: quo [quod] enim tam firmum aedificium est, ut fluminis aut maris aut tempestatis aut ruinae [aut] incendii aut terrae motus vim sustinere possit? (§. 4.) Nicht minder ist die Klage zulässig, si controversia aquae insulam subverterit, deinde stipulatoris aedificia ceciderint, denn id nec operis nec loci vitio factum est; anders aber ist es, si aqua vitiet fundamenta et sic aedificium ruisset, denn es ist ein großer Unterschied, ob ein Gebäude, quod erat alioquin firmum, vi fluminis lapsum sit protinus, an vero ante sit vitiatum, deinde sic deciderit (§. 5. 11.). In jenem Fall liegt ein damnum vor, cui nulla ope occurri poterit und für einen solchen Fall bindet das Versprechen nicht (§. 8.), in diesem hingegen hätte die Ursache des Scha-

dens beseitigt werden können, hier ist es ein damnum quod iniuria fit. Wenn vi tempestatis Bäume und Häuser eingerissen werden, so ist der Schaden nicht vitio arborum und aedium verursacht, sondern vi ventorum; anders ist es, wenn der Wind diese Wirkung nur haben konnte wegen der vetustas arborum und weil die aedes ita vitiosae fuerunt, ut qualibet vel minima tempestate ruerint (§. 9. 10).

In diesen Stellen handelt es sich darum, aus dem weitern Begriff des damnum quod extrinsecus contingit den Fall auszuscheiden, in welchem allein die Stipulation verfällt: nicht wegen jedes solchen von Außen kommenden Schadens ist der Anspruch auf Caution bezüglich auf Ersatz begründet, sondern nur wenn der Schaden auf eine iniuria zurückgeführt werden kann. Diese Ausscheidung, überhaupt die Aufwerfung der Frage, utrum haec stipulatio omne damnum contineat, quod extrinsecus contingat, ist veranlaßt durch die von Ulpian in §. 2. referirte Definition Labeos von vitium aedium et loci. Vitium autem aedium et loci esse Labeo ait, quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit: denique nemo dixit palustris loci vel harenosi nomine quasi vitiosi committi stipulationem, quia naturale vitium est. Selbstverständlich geht — was sich zum Ueberfluß auch aus §. 4. 5. 11. ergiebt — die Meinung Labeos nicht dahin, daß jedes accidens extrinsecus die Stipulation verfallen mache: nur weil die Definition das accidens extrinsecus als Ursache des Schadens hervorhebt, wird die etwaige Folgerung hieraus, als ob wegen eines jeden auf diese Weise verursachten Schadens ein Ersatzanspruch geltend gemacht werden könne, von Ulpian durch Anführung von Schrift-

stellern, welche in solchen Fällen die Haftpflicht des Caventen unbedingt leugnen, zurückgewiesen. Ebenso ist andrerseits klar, daß die Ursache des Schadens gar nicht nothwendig von Außen zu kommen braucht: wenn das durch Alter baufällig gewordene Gebäude ohne jede äußere Veranlassung einstürzt, ist die Stipulation unzweifelhaft verfallen. Demnach ist der Ausdruck accidens extrinsecus nicht glücklich gewählt, er erhält seine wahre Bedeutung nur durch den Gegensatz des vitium naturale. Nach den angeführten Beispielen eines derartigen vitium — locus palustris und arenosus — ist darunter eine solche Fehlerhaftigkeit zu verstehen, welche in der Sache selbst ihren immerwährend vorhandenen Grund hat und nicht erst von Außen durch menschliche Thätigkeit oder Naturereignisse herbeigeführt wird, so daß, wie l. 1. §. 14. de a. pl. a. 39. 3. es ausdrückt, ipsius loci natura nocet. In diesem Begriff des naturale vitium liegt, daß es sich, wenigstens ohne übertriebene Anstrengung, nicht beseitigen läßt, mithin auch der von ihm ausgehende Schaden durch gewöhnliche Vorsicht nicht abgewendet werden kann und darum nicht abgewendet zu werden braucht. Wie also das Erforderniß der iniuria nur die negative Bedeutung hat, daß der Schaden nicht ein durch Naturereignisse eintretender sein muß, dessen Nichtabwendung dem Eigenthümer nicht zum Vorwurf gereicht, so will das accidens extrinsecus nur sagen, daß die Fehlerhaftigkeit nicht auf einer natürlichen und darum unabänderlichen Eigenschaft des Grundstücks beruhen dürfe, sondern durch ein äußeres Ereigniß veranlaßt sein müsse und zwar in einer Weise, daß dessen Folge, die Fehlerhaftigkeit des Grundstücks, beseitigt werden konnte. Unzweifelhaft ist eine sumpfige oder

fandige Stelle an sich ein locus vitiosus, im Sinn der cautio damni infecti aber[31]) ist dies kein vitium, welches Berücksichtigung findet und wegen eines solchen nec stipulatio interponitur nec interposita committitur.

Was will nun Ulpian bezüglich Labeo mit der Verbindung vitium aedium *et* loci sagen? Ist dies zu verstehen im Sinn von superficies et solum, so daß es die schadendrohende Eigenschaft des Gebäudes als Ganzen bezeichnet, welche entweder auf der mangelhaften Beschaffenheit der Superficies als solcher oder auf der Fehlerhaftigkeit des Grund und Bodens, auf dem es errichtet ist, beruht, oder sind zwei Fälle gemeint: das vitium aedium d. h. des Gebäudes mit Grund und Boden, und das vitium loci, d. h. eines freien unbebauten Platzes? Es kann keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß die erstere Annahme die allein richtige ist[32]). Dafür spricht zunächst der Wortlaut: vitium aedium et loci esse, quod accidens extrinsecus infirmiores *eas* facit: danach handelt es sich um das infirmior Werden der *aedes* infolge eines fehlerhaften Zustandes des Gebäudes oder des Grund und Bodens, auf dem es steht; um annehmen zu können, daß das infirmior Werden einerseits eines Gebäudes, andrerseits eines unbebauten Platzes gemeint sei, müßte das Neutrum (infirmiora ea) gebraucht sein. Auch wird man von einem infirmior Werden eines unbebauten Platzes

31) Wenigstens derjenigen, von welcher hier die Rede ist. Bei der Caution wegen facere kann dieses vitium in Betracht kommen. Vgl. im Folgenden.

32) In demselben Sinn wird in l. 24. §. 9. h. t. von arborum locive vitium gesprochen.

durch äußere Ereignisse im Gegensatz zu der natürlichen Beschaffenheit desselben als eines sumpfigen und sandigen kaum sprechen können. Vor Allem aber: wenn der Jurist den Begriff von vitium aedium et loci erörtern will, kann er doch nicht etwas sagen, was sich lediglich auf den locus ohne Gebäude bezieht. Und das wäre der Fall, wenn man das vitium loci als Fehlerhaftigkeit des Grundstücks ohne darauf stehendes Gebäude versteht: gerade für den Hauptfall, Schadhaftigkeit des Gebäudes, bliebe dann nichts übrig. Der Jurist will sagen, daß die fehlerhafte Beschaffenheit des Grundstücks, infolge deren der Schaden droht, nicht eine dem Grundstück innewohnende sein dürfe. Abgesehen nun von der Fehlerhaftigkeit des Gebäudes infolge seines Alters — welche selbstverständlich als ein die Forderung der Caution und die Klage aus derselben ausschließendes vitium naturale nicht betrachtet werden kann, da ja gerade in diesem Fall die Cautionspflicht vorzugsweise begründet ist — läßt sich eine der superficies innewohnende natürliche Fehlerhaftigkeit, ein naturale vitium aedificii ohne den Grund und Boden gar nicht denken. Mithin kann das naturale vitium aedium et loci nur eine solche Fehlerhaftigkeit des Gebäudes als Ganzen sein, die ihren Grund in der natürlichen Beschaffenheit des solum hat, auf welchem das Gebäude steht: wenn infolge einer solchen das Haus infirmior wird, dann gewährt die Caution keine Hilfe. Es erscheint das auf den ersten Blick bedenklich: wenn das auf sumpfigem oder sandigem Boden stehende Haus sich senkt und Einsturz droht, soll ich hier schutzlos sein? Aber die Voraussetzung der Caution ist doch eine iniuria auf Seiten des in Anspruch Genommenen: es müßte Abänderung

der Ursache des Schadens möglich sein und die natura loci läßt sich nicht ändern. Die Billigkeit, die auch hier den Anspruch auf Cautionsleistung als begründet erscheinen lassen könnte, fordert andrerseits, daß der Inhaber des Hauses nicht deßhalb in Anspruch genommen werde, weil er etwas nicht gethan hat, was zu thun unmöglich ist[33]). Wenn nun das vitium aedium et loci in

33) Anders ist es unzweifelhaft, wenn Jemand auf einem derartigen locus vitiosus ein opus unternimmt. Vgl. Glosse ad l. 24. §. 2. h. t. Donell Comm. XV. c. 47. §. 21. Hesse C. d. inf. S. 27. Hier handelt es sich nicht darum, daß eine aus dem natürlichen Zustand drohende Gefahr abgewendet werde durch Beseitigung dieses natürlichen Zustands, sondern darum, daß eine im Zusammenhang mit diesem natürlichen Zustand Gefahr drohende Thätigkeit unterlassen bezüglich nur gegen vorgängige Caution vorgenommen werde. Hat der Unternehmer, um sich die Fortsetzung des facere zu ermöglichen, die Caution geleistet, so wird daraus natürlich auch für den Schaden gehaftet, gegen den sie zu sichern eben bestimmt ist: stürzt also das nach der Cautionsleistung vollendete Haus infolge des naturale vitium loci ein, so muß dieser Schaden ersetzt werden. — Allerdings ist das auf einem locus vitiosus stehende Haus auch erst das Resultat eines facere: wenn aber ein zur Zeit der Forderung der Caution bereits vollendetes opus in Frage steht, so kommt eben nicht mehr der Gesichtspunct des von einem facere aus drohenden Schadens in Betracht, sondern der Zustand des Grundstücks ist es, der Schaden droht, und wegen dieses ist der Eigenthümer, mag er selbst der Thäter gewesen sein oder nicht, zur Caution nicht verpflichtet, weil die Ursache dieses schadendrohenden Zustands, das naturale vitium loci, nicht beseitigt werden

l. 24. §. 2. sich auf die durch ein vitium loci verursachte Fehlerhaftigkeit des Gebäudes bezieht, das vitium loci aber kein naturale vitium sein darf, an welchen Fall des vitium loci ist dann gedacht? An einen solchen, wo durch accidens extrinsecus der Grund, auf dem das Gebäude steht, fehlerhaft geworden ist in einer Weise, daß der später eintretende Schaden auf eine iniuria des Eigenthümers insofern zurückgeführt werden kann, als eine Abänderung dieser gefahrdrohenden Beschaffenheit möglich gewesen wäre. Hiervon spricht die oben angeführte l. 24. §. 5. h. t. Bei einem durch controversia aquae plötzlich zerstörten Gebäude ist natürlich von einem vitium und von einer iniuria keine Rede: wenn aber das Wasser das Haus nicht sofort eingerissen, sondern nur den Grund unter dem Haus unterwühlt hat, dann kann dieses vitium loci, welches das Haus baufällig macht, beseitigt werden und das Nichtbeseitigen ist eine iniuria.

12. Daß in der l. 24. §. 2. h. t. das vitium loci in der angegebenen Verbindung mit aedes steht, also nur die Fehlerhaftigkeit des ein Gebäude tragenden Grund und Bodens bezeichnet, ist durch vorstehende Ausführung erwiesen. Nun bedeutet aber locus auch einen Platz ohne Gebäude. Kann die Caution auch wegen eines *vitium loci* gefordert werden, wegen des Schadens, den

kann. Nur so lange das facere dauert, kann wegen des facere gegen den Thäter der Anspruch auf Caution geltend gemacht werden. Der bedrohte Nachbar muß sich also gegenüber dem Unternehmen rechtzeitig sicherstellen, sonst ist er ohne Hilfe. Vgl. auch unten Ziff. 13. i. Anf.

ein unbebautes Grundstück durch seinen fehlerhaften Zustand droht? Fast allgemein wird diese Frage bejaht[34]). Zwar wegen eines naturale vitium stehe der Anspruch auf Cautionsleistung nicht zu, z. B. wenn das höher gelegene sumpfige Grundstück das tieferliegende zu sehr bewässere, wenn die Erde auf dem Grundstück sich zusammensetze, so daß des Nachbars Mauer dadurch bedroht werde, wenn das sandige Grundstück dem Nachbargrundstück Versandung drohe. Wohl aber dann, wenn ein accidens extrinsecus vorliege, wenn von außen her auf die Beschaffenheit des Grundstücks einwirkende Einflüsse, seien sie durch Menschenwerk oder durch Naturereignisse veranlaßt, den gefahrdrohenden Zustand des locus verursachten: daher sei z. B. die Forderung der Caution dann berechtigt, wenn die Gefahr, daß ein Felsstück auf ein benachbartes Grundstück herabstürze, durch Naturereignisse, wie Auswaschung und Abspülung der Unterlage desselben, herbeigeführt worden sei. Gegen diese Ansicht erheben sich jedoch gegründete Bedenken. Von dem einen Fall, wenn nämlich das accidens extrinsecus in menschlicher Thätigkeit besteht, ist bereits die Rede gewesen[35]): insofern wegen des facere als solchen die Caution gefordert wird, handelt es sich nicht um ein vitium soli für sich, nicht um die Caution wegen lebloser Sachen, sondern um ein vitium operis bezüglich operis et loci, um die Caution wegen facere; liegt

34) Vgl. z. B. Hesse Cautio damni inf. S. 26. 27., Rechtsverh. I S. 74—76. Sintenis II §. 127. A. 42. 43. Weiske Quaest. iur. civ. in usum fori comp. pg. 1 ff.

35) S. oben Ziff. 11. Anm. 33.

aber zur Zeit der Forderung der Caution ein bereits vollendetes opus vor, so daß der Schaden von dem Zustand des Grundstücks droht, so ist der Anspruch auf Caution deshalb nicht begründet, weil die in einem vitium naturale liegende Ursache des schadendrohenden Zustands nicht beseitigt werden kann. Was aber den andern Fall, Fehlerhaftwerden des Grundstücks infolge von Naturereignissen, betrifft, so erscheint es mindestens als sehr zweifelhaft, ob hier dem Eigenthümer die Verpflichtung zur Leistung der c. d. infecti aufgelegt werden kann. Innere Gründe scheinen dagegen zu sprechen. Wenn von meinem hoch und abschüssig gelegenen Grundstück das Regenwasser seinem natürlichen Lauf folgend auf das Nachbargrundstück herabstürzt oder wenn ein Theil des Grundstücks sich senkt und dadurch das Herüberfließen des Wassers bewirkt wird, ist ein Rechtsmittel nicht gegeben, vermöge dessen ich angehalten werden könnte, Vorkehrungen zur Beseitigung dieses Nachtheils zu treffen, ebensowenig, wenn durch das Wasser etwa Steine von meinem Grundstück auf das benachbarte herabgewälzt werden: es ist die natura loci, welche schadet. Weshalb soll ich aber dann durch die Verpflichtung zur Cautionsleistung gezwungen sein, derartige Vorkehrungen zu treffen, wenn das Wasser mein Grundstück unterwühlt, so daß ein Theil desselben den Herabsturz drohend über das Nachbargrundstück herüberhängt? Die Möglichkeit der Abänderung liegt im ersten Fall nicht weniger vor als im letzten: da ich im ersten zur Abänderung nicht verpflichtet bin, so kann diese Möglichkeit auch die Verpflichtung zur Cautionsleistung nicht begründen. Denkbar wäre es an sich gewiß und es scheint die Billigkeit dafür zu sprechen, daß der Nachbar gegen

einen derartigen Nachtheil gesichert zu werden verlangen kann, aber die gleiche Billigkeit würde offenbar einen Schutz des tiefer Liegenden gegen das herabströmende Regenwasser und dessen nachtheilige Folgen erheischen und doch ist im positiven Recht der Schutz hier versagt. Die natura loci bringt es mit sich, daß das tiefer gelegene Grundstück derartigen Nachtheilen, dem Herabgeführtwerden von Regenwasser wie von Steinen und Erdstücken, ausgesetzt ist und der Eigenthümer des obern Grundstücks kann zu einer diese Nachtheile abwendenden Thätigkeit nicht angehalten werden[36]). Warum ist das anders, wenn auf dem Grundstück ein Gebäude steht und der Grund des Gebäudes vom Wasser unterwühlt ist? Ist dieser Fall, in dem ja Caution verlangt werden kann, nicht wieder dem gleich, wo die Unterlage des Felsstücks unterwühlt ist? Möglich, daß die Verschiedenheit der Behandlung historisch zu erklären ist, daß die Caution ursprünglich eben nur für aedes ruinosae gegeben war und man sich zu der Ausdehnung derselben auf den Fall einer fehlerhaften Beschaffenheit von Grund und Boden ohne Gebäude nicht entschloß. Aber die beiden Fälle sind doch auch innerlich verschieden. Daß ein Haus auf das tiefer liegende Grundstück herabstürzt, das bringt die natura loci nicht mit sich: die Ursache des drohenden Schadens ist doch immer die Baufälligkeit des von Menschenhand errichteten Gebäudes, auch wenn die Ursache der Baufälligkeit durch ein infolge von Naturer-

36) Er muß nur aus Billigkeitsrücksichten dulden, daß der Bedrohte auf eigne Kosten Vorkehrungen zur Abwendung der Gefahr trifft. l. 2. §. 5. 7. l. 11. §. ult. l. 14. §. 1. de a. pl. a. 39. 3. Vgl. Hesse Rechtsverh. I. S. 333. 337. f.

eigniſſen herbeigeführtes vitium loci vermittelt iſt. Daß man ein Haus nicht dem Verfall entgegengehen laſſe und dem eintretenden Verfall durch Reparatur begegne, das iſt keine unbillige Anforderung; daß man ein unbebautes Grundſtück der Einwirkung der Naturereigniſſe entziehe und die eingetretenen Einwirkungen wieder beſeitige, das kann, wenn es auch für den Einen wünſchenswerth iſt, nicht ohne Unbilligkeit gegen den Andern verlangt werden.

Aber es ſoll in den Quellen die Verpflichtung zur Caution wegen vitium loci, getrennt vom vitium aedium, anerkannt ſein, man erklärt die entgegengeſetzte Anſicht für unvereinbar mit den zahlreichen Stellen, worin von loci vitium im Gegenſatz zu den aedes die Rede iſt. Daß die l. 24. §. 2. h. t. hierfür nicht angeführt werden kann, haben wir erörtert. Gerade die Ausführungen Ulpians in l. 24. §. 2. und den folgenden Paragraphen, ſowie die l. 19. §. 1. h. t. beweiſen, daß an das vitium loci ohne darauf gegründetes vitium aedium oder operis nicht gedacht wird. Ulpian zergliedert den Inhalt der Stipulation ‚ut ne quid aedium loci operisve vitio damnum fit‘: in §. 12. wird gefragt, was damnum iſt, in den vorhergehenden Paragraphen, wann ein die Urſache des damnum bildendes vitium vorliegt. Wenn er nun bei dieſer Gelegenheit lediglich den Begriff von vitium aedium et loci, im Sinn von Gebäude mit Grund und Boden, und dann den Begriff von vitium operis definirt, von vitium loci aber, im Sinn eines Grundſtücks ohne Gebäude, gar nicht ſpricht, ſo läßt ſich der Schluß nicht wohl abweiſen, daß dem vitium loci eine ſelbſtändige Bedeutung nicht zukommt. Zu dem gleichen Reſultat

führt die Betrachtung der l. 19. §. 1. h. t. Gajus will hier offenbar in erschöpfender Weise die Voraussetzungen angeben, unter denen der Prätor die c. d. infecti gewährt: wer Schaden befürchtet sive aedium vitio sive operis, quod vel in aedibus vel in loco — fit, für den sorgt der Prätor durch die Caution, von vitium loci, welches nicht im Zusammenhang mit aedes oder opus steht, ist keine Rede. Also gerade die Hauptstellen, in denen bei Besprechung der Voraussetzungen der c. d. infecti gewiß die Veranlassung gegeben war, alle Fälle zu betrachten und nicht einen Hauptfall zu übergehen, erwähnen die Caution wegen eines von einem unbebauten Grundstück für sich allein drohenden Schadens nicht. Eine nähere Betrachtung der einzelnen von den Gegnern für ihre Ansicht angeführten Stellen[37]) wird ergeben, daß in denselben nie von vitium loci allein, sondern immer nur von vitium aedium (bezüglich arborum) et loci, von vitium operis et loci gesprochen wird. Wohl kommt locus im Gegensatz zu aedes vor, aber nur so, daß es den Grund und Boden im Gegensatz zu der darauf stehenden Superficies bezeichnet.

Die l. 10. h. t. spricht in ihrem zweiten Theil von der Ausgleichung zwischen dem Eigenthümer und Usufructuar, wenn einer von ihnen Caution geleistet und dadurch die missio in possessionem abgewendet hat. Sie steht im Zusammenhang mit l. 9. §. ult. und l. 22. pr. h. t.[38]). Wenn der Eine von ihnen infolge der von ihm geleisteten Caution Schadensersatz hat lei-

37) l. 10. 20. l. 18. §. 4. l. 15. §. 3. 10. l. 24. pr. l. 38. §. 1. l. 9. §. 2. h. t.

38) Vgl. hierüber näher unten Ziff. 29.

sten müssen, so ist es unbillig, alterum sine damno uti aedibus aut aedes habere, jener kann verlangen, daß der Andere ihm conferirt: für den nicht Conferirenden tritt im Allgemeinen dieselbe Folge ein, die ihn ohne das Dazwischentreten des Cavirenden infolge der dann stattfindenden missio in possessionem getroffen haben würde, nur jetzt zu Gunsten desjenigen, der durch seine Cautionsleistung die missio verhindert hat. Dies drückt l. 10. h. t. mit den Worten aus: nisi proprietario repromittenti fructuarius caveat, denegandam ei fructus petitionem Julianus scribit. sed si fructuarius de *soli vitio* quid praestiterit, ius domini ad eum transferri oportet. Aus dem ‚soli vitio' schließt man, daß die Caution auch wegen mangelnder Beschaffenheit von Grund und Boden ohne darauf stehendes Gebäude gefordert werden könne. Der Schluß ist aber unberechtigt. Die Stelle ist vielmehr von demselben Fall zu verstehen, von dem die l. 9. §. ult. und die l. 22. pr. sprechen, von dem Fall des Ususfructus an einem Haus. Es fragt sich nämlich, in welchem Verhältniß dem Cavirenden von dem Nichtcavirenden Ersatz bezüglich das Versprechen des Ersatzes gegeben werden muß. Da die Pflicht zur Leistung der c. d. infecti in engem Zusammenhang mit der Reparaturpflicht steht[39]), so ist der Usufructuar, soweit ihm die Verpflichtung zur Instandhaltung des Gebäudes obliegt, derjenige, der auch die Folgen der Versäumung seiner Pflicht zu tragen und

39) Eum quoque fructuarium, qui non reficit, a domino uti frui prohibendum: ergo et si de damno infecto non cavet dominusque compulsus est repromittere, prohiberi debet frui. l. 9. §. ult. h. t.

die Caution, deren Forderung eben dadurch veranlaßt ist, zu leisten hat. Zwar dem die Caution Verlangenden gegenüber kommt die Vertheilung der Reparaturlast zwischen Usufructuar und Eigenthümer nicht in Betracht, aber für die Ausgleichung zwischen Eigenthümer und Usufructuar ist sie entscheidend. Nun hat der Letztere nicht alle Reparaturen vorzunehmen, sondern nur eine modica refectio, für das, was er darüber hinaus gethan hat, kann er Ersatz fordern: wird z. B. durch ein vitium soli die Baufälligkeit des Hauses herbeigeführt, so ist eine Reparaturpflicht für ihn nicht begründet. Wenn er nun, um den Nachtheil (uti frui prohiberi) zu vermeiden, der ihn, falls von keiner Seite cavirt wird, auch da trifft, wo ihm die Pflicht zur Reparatur und Caution nicht obliegt, die Caution in totum (wegen des damnum vitio aedium et loci) geleistet hat, so muß der Eigenthümer ihm Ersatz leisten, widrigenfalls das Eigenthumsrecht auf den Usufructuar übergeht: si fructuarius de soli vitio quid praestiterit, ius domini ad eum transferri oportet. Von einem Schaden durch ein unbebautes Grundstück ist demnach die l. 10. h. t. nicht zu verstehen, sie bezieht sich auf den durch die Baufälligkeit eines Gebäudes, welche ihren Grund in dem vitium loci hat, drohenden Schaden.

In gleicher Weise ist das soli vitium in l. 20. h. t. aufzufassen. Die Stelle handelt von der Frage, inwieweit Eigenthümer und Usufructuar von einander Caution fordern können. Die Caution hat statt, si fructuarius quidem de soli vitio caveri sibi desideret, dominus vero proprietatis de operis vitio, si quid fructuarius aedificet: nam de ruina aedium neuter ab altero cautionem desiderare potest, fructuarius ideo,

quia refectio aedium ad eius ipsius onus pertinet[40]), proprietarius ideo, quia usitata stipulatio, qua de re restituenda fructuarius cavet, ad hunc quoque casum porrigitur. Die ruina aedium bezieht sich auf die Fehlerhaftigkeit der Superficies[41]), das vitium soli auf die Fehlerhaftigkeit des Grund und Bodens, auf dem das Gebäude steht[42]). Wollte man den Gegensatz auf ein Grundstück mit und ohne Gebäude, mithin die ruina aedium ebensowohl auf eine im Grund und Boden wie in der Superficies liegende Mangelhaftigkeit beziehen, so würde der für die Unzulässigkeit der Caution wegen ruina aedium angegebene Grund nicht zutreffend sein, denn der Usufructuar ist zur Beseitigung eines vitium soli nicht verpflichtet.

Einer Widerlegung der Beweiskraft der gleichfalls

40) Daß das non der Florentina zu streichen ist, kann einem begründeten Zweifel nicht unterliegen. Vgl. die verschiednen Ansichten bei Schulting ad h. l. Tom. VI. p. 167. squ.

41) Daß aedes auch in diesem Sinn, als Superficies ohne solum und im Gegensatz dazu, vorkommt, wird durch l. 11. §. 3. de a. pl. a. 39. 3. und l. 22. pr. h. t. bewiesen.

42) Besonders scharf tritt der Gegensatz zwischen der Fehlerhaftigkeit des Gebäudes, die ihren Grund in der superficies, und der, die ihren Grund im solum hat, in l. 9. §. 4. h. t. hervor: quotiens superficiaria insula vitiosa est, dominum et de soli et de aedificii vitio repromittere aut eum, ad quem superficies pertinet, de utroque satisdare. Wegen des baufälligen Hauses muß cavirt werden und zwar sowohl de soli wie de aedificii vitio, es ist das vitium aedium et loci der l. 21. §. 2. h. t.

für die gegnerische Ansicht angezogenen l. 18. §. 4. h. t. bedarf es kaum[43]). Mag man die Stelle sonst verstehen wie man will, jedenfalls handelt es sich hier um ein solum, auf dem ein Gebäude errichtet ist, mithin kann das vitium soli sich nicht auf ein Grundstück ohne Gebäude beziehen.

In den drei zusammengehörigen Stellen, l. 15. §. 3. 10. l. 24. pr. h. t., ist von vitium loci zwar nicht in Verbindung mit aedes, aber mit opus die Rede; daß das vitium loci für sich allein in Betracht komme, kann aus ihnen gleichfalls nicht entnommen werden. In Bezug auf den im prätorischen Edict besonders hervorgehobenen Fall der Caution wegen opus in flumine publico ripave eius sagt Ulpian in l. 15. §. 3.: notandum, quod non etiam de loci vitio, sed de operis tantum cavetur, quamvis, si in privato fiat, et de loci et de operis vitio caveatur: sed cum locus publicus sit, non erat necesse ibidem opus facienti de alio vitio quam operis satisdare damni infecti. Für den Fall, si locus publicus publice reficiatur, also das opus in publico nicht von einem Privaten unternommen wird, bemerkt er in §. 10., daß hier de damno infecto non esse cavendum, si quid vitio loci aut operis fiat: certe legem dandam operis talem, ne quid noceat vicinis damnive detur. Denselben Gedanken wiederholt er in l. 24. pr. h. t.: fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum et litorum. in his igitur publice

43) Ei, qui in conducto solo superficiem imposuit, dominus soli, quod vitio soli damnum futurum sit, cavere non debebit nec soli domino superficiarius —. Vgl. darüber unten Ziff. 19. bei Anm. 20.

licet cuilibet aedificare et destruere, dum tamen hoc sine incommodo cuiusquam fiat. propter quod operis dumtaxat nomine cum satisdatione cavetur, de vitio loci nihil cavetur, hoc est operis quod quis facit. ceterum si ex loci vitio damnum timeatur, minime dicendum est damni infecti stipulationem interponi oportere: quis enim dubitat neminem esse, a quo stipuletur, cum nemine nihil faciente locus ipse publicus damnum inferat sui natura? ad ea igitur opera stipulatio pertinet, quaecunque privatim fiant. quid ergo, si publice opus fiat, de vitio eius quid faciemus? et plane vel princeps adeundus est vel, si in provincia fiat, praeses provinciae. — In allen diesen Stellen kommt das vitium loci nur in Verbindung mit vitium operis vor. Die gewöhnliche Caution operis nomine lautet: ‚si quid vitio loci aut operis fit' und wie mit dem vitium aedium et loci die Fehlerhaftigkeit des Gebäudes, sowohl die im Gebäude selbst wie die im solum liegende, bezeichnet wird, so drückt das vitium loci aut operis dieses Stipulationsformulars aus, daß für den Schaden cavirt wird, der von dem opus droht, mag die Ursache der Gefahr im opus selbst oder in dem Grundstück liegen, auf dem es errichtet wird. Das vitium loci aut operis ist nichts anderes als das vitium operis quod in loco fit (l. 19. §. 1. h. t.), blos mit besonderer Hervorhebung des Umstands, daß die schadendrohende Eigenschaft des opus auch durch die mangelhafte Beschaffenheit des Grund und Bodens veranlaßt sein kann. Nur die l. 24. pr. cit. könnte einen Zweifel erregen, ob nicht mit den Worten ‚ceterum si ex loci vitio damnum timeatur, minime dicendum est damni infecti stipulationem

interponi debere: quis enim dubitat neminem esse, a quo stipuletur, cum nemine nihil faciente locus ipse publicus damnum inferat sui natura' auf einen Fall der Caution lediglich wegen vitium loci hingewiesen werde. Zwischen einem opus in loco publico und in loco privato besteht der Unterschied, daß wegen des letztern für vitium loci et operis, wegen des erstern nur für vitium operis, nicht auch für vitium loci cavirt wird. Wenn nun Ulpian als Grund für die beschränktere Fassung der Caution wegen opus in loco publico anführt, es sei, falls ohne jede Thätigkeit einer Person der locus publicus selbst infolge seiner Natur den Schaden stifte, Niemand da, von dem man sich caviren lassen könne, so gewinnt es infolge des in l. 15. §. 3. cit. hervorgehobenen Gegensatzes zwischen locus publicus und privatus fast den Anschein, als wäre das beim locus privatus anders, als müsse hier wegen loci vitium cavirt werden, auch ohne daß ein opus auf demselben in Frage stehe. Man könnte zu dem Schluß versucht sein: der Grund dafür, daß bei einem opus in publico die Forderung der Caution dann nicht zulässig ist, wenn die Ursache der drohenden Gefahr in dem vitium loci liegt, ist der, weil auch dann, wenn Niemand in publico ein opus macht und der locus sui natura damnum infert, die Caution wegen dieses vitium loci nicht verlangt werden kann — folglich ist, da bei Vornahme eines opus in privato auch für vitium loci cavirt werden muß, der Anspruch auf Caution wegen vitium loci auch dann begründet, wenn ein opus nicht gemacht wird, also wegen vitium loci allein. Aber in der That ist das doch nur Schein und jener Schluß ein auf falscher Prämisse beruhender. Abgesehen davon,

daß in allen jenen Stellen nie von locus publicus und privatus für sich, sondern eben immer nur von opus in loco publico und privato die Rede ist: der Schaden, den der locus sui natura infert, wäre ja nichts andres als ein Schaden durch naturale vitium loci und wegen eines solchen kann die Caution nicht gefordert werden, so wenig beim locus privatus wie publicus. Sodann würde diese Auffassung der Begründung Ulpians zu einem unzweifelhaft falschen Satz führen. Ulpian würde nämlich dann sagen: beim locus privatus ist ein Eigenthümer vorhanden, der für das vitium loci haftet und von dem Caution verlangt werden kann, während das beim locus publicus nicht der Fall ist[44]); das wäre aber in Bezug auf den einen Hauptfall, das opus in ripa fluminis, unrichtig, denn die ripa fluminis steht im Privateigenthum. Endlich würde, wenn dies der Sinn der Ulpian'schen Begründung wäre, dadurch in der That gar nichts bewiesen sein: denn selbst wenn man annimmt, daß zwischen locus publicus und privatus ein Gegensatz insofern bestehe als nur bei ersterem wegen vitium soli allein (nemine nihil faciente) die Caution nicht gefordert werden kann, so würde daraus doch nicht folgen, daß auch dann beim locus publicus das vitium soli nicht in Betracht komme, wenn ein opus auf einem solchen locus vitiosus vorgenommen wird und die schadendrohende Beschaffenheit des opus eben in dem Umstand ihren Grund hat, daß es auf solch fehlerhaftem Boden errichtet ist[45]). Die Motivirung Ulpians, die

44) Dies ist z. B. die Auffassung von Hesse Rechtsverh. I. S. 78. Donell Comm. Lib. XV. cp. 47. §. 9.

45) Sicherlich ist der Satz, daß wegen opus in publico

allerdings auf den ersten Blick etwas Bedenkliches hat, erklärt sich wohl in folgender Weise, die jeder weitern Schlußfolgerung in der angegebenen Richtung den Boden entzieht. Die l. 24. pr. cit. hat im Anschluß an die Bestimmungen des prätorischen Edicts solche opera im Auge, welche zum Zweck der Uferbefestigung und der Wegereparatur vorgenommen werden[46]). Dann will aber das Argument, weshalb bei opus in publico nicht auch de vitio loci zu caviren sei, Folgendes sagen: wenn das opus nicht gemacht würde, so würde der Nachtheil, dessen Beseitigung das opus bezweckt und der eben in der

nicht für vitium soli zu caviren sei, kein allgemeingiltiger. Wenn Jemand auf öffentlichem Grund und Boden ein Gebäude errichtet und dies infolge eines den Grund und Boden schadhaft machenden accidens extrinsecus, wenn z. B. aqua vitiavit fundamenta, den Einsturz droht, so ist nicht einzusehen, weshalb hier weniger Caution wegen vitium loci sollte verlangt werden können, als wenn das Gebäude auf einem Privatgrundstück steht.

46) Daß Ulpian an diesen Fall vorzugsweise denkt, beweist die l. 15. §. 10. cit, wo er im Gegensatz zu dem bisher besprochenen Fall der von Privaten unternommenen opera in publico sagt: si publicus locus *publice reficiatur*, non esse cavendum, si quid vitio loci aut operis fiat. Es ergiebt sich das überdies aus dem Grundsatz, daß die Caution nur da Anwendung findet, wo das Verhalten des Gegners formell berechtigt ist. Dies ist in Bezug auf opera dieser Art der Fall (in his licet cuilibet aedificare); andere opera hingegen, z. B. das Errichten eines Gebäudes auf einem öffentlichen Platz, sind ohne besondere Concession nicht erlaubt.

natura loci seinen Grund hat, eingetreten sein; da nun jedenfalls ohne das opus (nemine nihil faciente) der Schaden zugefügt worden wäre, so kann man den Unternehmer des opus nicht haften lassen, wenn nicht gerade ein vitium operis die Ursache des Schadens ist, sondern diese nach wie vor dem opus in dem vitium soli liegt und der locus publicus ipse nach wie vor sui natura damnum infert.

In den bisher betrachteten Stellen ergiebt schon der Wortlaut, daß das darin erwähnte vitium loci oder soli nicht in dem Sinn einer fehlerhaften Beschaffenheit eines unbebauten Grundstücks für sich verstanden werden kann, sondern nur die Unterlage eines vitium aedium bezüglich arborum oder operis ist. In einer Stelle — und auf diese stützt man hauptsächlich die Ansicht von der selbständigen Bedeutung des vitium loci — tritt diese Beziehung nicht äußerlich hervor. Es ist die l. 38. §. 1. h. t.[47]). Zweifellos ist hier von dem Gegensatz zwischen Gebäude und unbebautem Platz die Rede. Aber daß es das Grundstück als solches ist, welches infolge der Einwirkung von Naturereignissen eine gefahrdrohende Beschaffenheit erhalten hat, und daß das Recht der Cautionsforderung gerade auf diesen Fall sich bezieht, ist damit nicht gesagt. Die Stelle behält einen vollkommen guten Sinn auch dann, wenn man sie von dem Fall eines vitium arborum

47) Si agri nomine non caveatur, in eam partem agri mittendum est, ex qua periculum timeatur: eiusque rei ratio haec est, quod in aedificiis partes quoque reliquae a vitiosa parte traherentur, at in agris non idem est.

et loci oder operis et loci versteht[48]). Wenn aedium nomine die Caution verlangt und nicht geleistet wird, so erfolgt die missio regelmäßig in das ganze Gebäude, nicht blos in den Theil desselben, der infolge seiner Schadhaftigkeit Ursache der Gefahr ist, denn der schadhafte Theil macht auch die fehlerfreien Theile gefährlich; da, wo dieser Grund nicht zutrifft, wird auch die missio nur in denjenigen Theil verfügt, ex qua periculum timetur, nicht in das ganze Grundstück. Dieser Gegensatz zwischen Gebäude und unbebautem Grundstück konnte, auch wenn die Caution wegen vitium arborum et loci oder wegen vitium operis et loci in Frage stand, gar nicht anders ausgedrückt werden als durch aedificium und ager: es kam hier, wo lediglich von dem Umfang der Besitzeinweisung gesprochen wird, nicht auf den Unterschied zwischen aedes einerseits und arbores oder opera andrerseits, sondern nur auf den zwischen aedes und ager an. Demnach läßt sich auch aus dieser Stelle nicht entnehmen, daß wegen vitium loci allein die Caution gefordert werden könne.

Am wenigsten endlich beweist die Stelle, auf die Sintenis (§. 127. A. 43. a. E.) besonderes Gewicht legt, die l. 9. §. 2. h. t. (si ex fundo tuo crusta lapsa sit etc.). Denn hier handelt es sich nicht um die c. d. infecti und die actio ex stipulatu wegen des Herabstürzens eines Stücks Erde vom Nachbargrundstück auf das meine, sondern um den Retentionsanspruch wegen damnum iam factum ohne vorgängige

48) Nur ist wegen des hier erwähnten Zwangsmittels der missio in possessionem bei opus nicht an das facere als solches, sondern an das Resultat des facere, an ein opus perfectum zu denken.

Cautionsleistung. Ein Schluß auf die c. d. infecti läßt sich aber daraus nicht ziehen, der Retentionsanspruch ist ja auch begründet, wenn infolge von vis maior das Nachbarhaus auf mein Grundstück stürzt, während der Anspruch auf c. d. infecti hier ausgeschlossen ist.

13. Es bleibt noch der Fall des *vitium operis*, der neben dem vitium aedium bezüglich aedium et loci genannt wird, zu betrachten übrig.

Daß das vitium hier nicht eine fehlerhafte Beschaffenheit bezeichnet, ist bereits hervorgehoben worden. Was aber ist unter *opus* verstanden? Die beschränkte Bedeutung, in der das Wort bei der operis novi nuntiatio und beim interdictum quod vi aut clam vorkommt, hat es hier nicht, vielmehr ist bei der c. d. infecti der Begriff im weitesten Sinn zu nehmen. Danach ist aber opus zunächst identisch mit facere: es ist jede an oder auf einem Grundstück vorgenommene Thätigkeit, einerlei ob dieselbe eine bleibende Umgestaltung des Grundstücks zum Zweck hat und ihren Abschluß in der Herstellung einer bleibenden Anlage auf dem Grundstück finden soll, oder ob die Handlung eine nicht auf diesen Zweck, auf Herbeiführung eines solchen Resultats gerichtete ist[49]). Sodann ist aber auch das,

49) Zu den Fällen der ersten Art gehört Alles, was zum Zweck der Herstellung der Anlage z. B. des Hauses, des Uferdamms, der Wegereparatur vorgenommen wird: das Graben, das Beischaffen der Materialien u. s. w. Vgl. l. 3. §. 11. l. 4. 5. pr. §. 1. 4. de itin. 43. 19. l. 1. §. 38. de aqua quot. 43. 20. (Dazu das Edictum Augusti de aquaeductu publico beneficio

was sich als das Resultat der auf Herstellung einer bleibenden Anlage gerichteten Thätigkeit darstellt, die gemachte Anlage, das errichtete Werk, ein opus: so ein Haus, eine Mauer, ein Damm, die durch Graben hervorgebrachte Vertiefung[50]). Es ist klar, daß von die-

eius in colonia Venafrana instituto bei Rudorff Edict. perpet. pg. 163. III.) l. 3. §. 9. coll. §. 6. 10. de rivis 43. 21. l. 1. §. 14. de cloac. 43. 23. — Beispiele für die letztere Kategorie sind das Weghohlen der auf das Nachbargrundstück gefallenen Früchte, das Herausgraben des in einem Grundstück verborgenen Schatzes (l. 15. ad exhib. 10. 4.: interdictum ita dari, ut, si per me non stetit, quo minus damni infecti tibi operis nomine caveatur, ne vim facias mihi, quo minus eum thesaurum effodiam tollem exportem), der bei Plinius erwähnte Fall des portari columnas (s. oben Ziff. 5. bei Anm. 49.); hierher gehören auch solche Handlungen, welche im Gebrauchen einer schon vorhandenen Anlage bestehen: das Benutzen eines Backofens, indem man darin bäckt, das Gebrauchen einer Düngergrube, indem man Dünger in dieselbe wirft, der Betrieb einer Fabrik.

50) Natürlich treffen hier, wie bereits früher (Ziff. 4. S. 57.) bemerkt worden ist, beide Gesichtspuncte zusammen: das Bauen, das Graben ist ein opus im Sinn von Thätigkeit, das Gebäude, die Vertiefung ist ein opus im Sinn einer fertigen Anlage. Ob aber wegen des facere als solchen oder wegen des opus factum die Caution gefordert wird, begründet einen wichtigen Unterschied, sowohl in Bezug auf die Person des Cautionspflichtigen wie in Bezug auf die Folgen des Nichtcavirens; es ist mithin von wesentlichem Einfluß, ob bei Beginn oder nach Vollendung eines solchen opus der Antrag auf Cautionsleistung gestellt wird. Wenn das facere als solches die Forderung

sem Gesichtspunct aus auch das vitium aedium als ein vitium operis erscheint: das Haus, dessen Baufälligkeit Schaden droht, ist nichts anderes als ein opus perfectum, das Resultat eines facere. So wird denn auch in den Quellen vitium operis ganz synonym mit vitium aedium gebraucht, in dem Sinn, daß es die

der Caution veranlaßt, so kann nur der Thäter in Anspruch genommen werden und die Folge des Nichtcavirens nur darin bestehen, daß das an sich begründete Recht zur Vornahme der Handlung versagt und das facere lediglich gegen vorgängige Leistung der Caution gestattet wird; wird hingegen, nachdem das Resultat des facere in einem vollendeten opus vorliegt, von dessen Existenz nunmehr der Schaden befürchtet wird, die Caution gefordert, so ist nicht mehr der Thäter als solcher cautionspflichtig und der den Nichtcavirenden treffende Nachtheil kann nicht mehr in einem Untersagen des facere bestehen. Vgl. unten Ziff. 14. — Da, wo es sich um ein facere handelt, welches nicht die Herstellung einer Anlage zur Folge hat, kann nach Aufhören der Thätigkeit die Caution gar nicht mehr gefordert werden. In einem Fall kommt dies auch bei Errichtung eines Bauwerks vor, nämlich dann, wenn dasselbe auf einem von Natur fehlerhaften Boden, auf sumpfigem oder sandigem Terrain, errichtet ist. Hier muß der Bedrohte, der von dem existenten opus eben infolge des naturale vitium loci Schaden fürchtet, der Errichtung entgegentreten und wegen dieses facere Caution fordern: hat er dies unterlassen, ist das opus perfect geworden, ohne daß er sich durch Caution sichergestellt hat, so kann nach l. 24. §. 2. h. t. wegen dieses auf naturale vitium loci beruhenden fehlerhaften Zustands Caution nicht mehr beansprucht werden. Vgl. oben Ziff. 11. Anm. 33.

Baufälligkeit eines Hauses bezeichnet[51]). Aber der Regel nach steht vitium operis im Gegensatz zu vitium aedium und in diesem Gegensatz ist auch da, wo unter opus eine fertige Anlage verstanden ist, damit nicht die Fehlerhaftigkeit des opus gemeint, sondern es ist das damnum vitio operis, der aus der Existenz des opus, ganz abgesehen von etwaiger fehlerhafter Beschaffenheit desselben, drohende Nachtheil[52]).

Dieser Fall des vitium operis ist in den Quellen sehr stiefmütterlich behandelt. Das prätorische Edict wie die Erörterungen der Juristen haben hauptsächlich die Caution wegen aedes ruinosae im Auge, nur zerstreut finden sich gelegentliche Bemerkungen auch über jene Caution und diese Bemerkungen bieten nur dürftigen Anhalt, so daß es nicht leicht ist, auf ihnen die Theorie dieses zweiten Falls der c. d. infecti aufzubauen.

Drei Fälle sind es, in denen die Caution wegen vitium operis gefordert werden kann: bei facere in

51) In l. 24. h. t. führt Ulpian da, wo er den Begriff des vitium aedium et loci erörtert, als Beispiel dafür, daß die Stipulation nur das damnum quod iniuria fit umfasse, den Fall an, wo eine insula sofort durch controversia aquae umgestürzt wird: hier sei die Klage aus der Stipulation nicht begründet, quia id nec *operis* nec loci vitio factum est (§. 5.). Demnach kann vitium operis auch die Baufälligkeit eines Hauses oder die Fehlerhaftigkeit einer sonstigen Anlage (aquaeductus, fistulae, furnum) bezeichnen. Vgl. auch l. 11. §. 3. de a. pl. a. 39. 3. l. 14. h. t.

52) Vgl. l. 18. §. 1. l. 24. §. 12. h. t.

alieno privato, bei facere in publico und bei facere in suo[53]).

Unter welchen Voraussetzungen die Caution wegen *facere in alieno privato*[54]) verlangt werden kann, haben wir bereits früher (Ziff. 4. i. Anf.) besprochen. Derjenige, der kraft dinglichen oder persönlichen Rechts ein fremdes Grundstück betreten und auf demselben gewisse Handlungen vornehmen darf, soll wegen des bei Ausübung dieses Rechts möglicherweise drohenden Scha-

53) Des Zusammenhangs wegen werden hier manche Fragen mit erörtert, die nicht in die Lehre von den Voraussetzungen der Caution gehören.

54) Hierunter ist nur der Fall verstanden, wenn der Thäter auf dem Grundstück des Cautionssuchers handelt, wenn dem alienum auf Seiten des erstern ein suum auf Seiten des letztern entspricht, also wo nicht zwei Grundstücke in Frage stehen. Wird das Grundstück des Cautionsfordrers durch das auf einem andern Grundstück vorgenommene facere bedroht, so gelten andere Grundsätze auch da, wo der Handelnde nicht Eigenthümer des Grundstücks ist, also in diesem Sinn in alieno handelt: z. B. wenn der Usufructuar auf dem usufructuarischen Grundstück ein opus unternimmt, von welchem der Nachbar Schaden fürchtet, so ist das zwar auf Seiten des Usufructuars auch ein Handeln in alieno insofern als er eben nicht Eigenthümer ist, aber das für den Usufructuar fremde Grundstück ist doch nicht ein eignes für den bedrohten Nachbar; für diesen ist es gleichgiltig, ob das Grundstück, von dem der Schaden ausgeht, im Eigenthum des Thäters steht oder ob dieser dem Eigenthümer gegenüber das Recht zu solchen Handlungen hat. Für solche Fälle sind die Grundsätze des facere in suo anwendbar. Vgl. unten Ziff. 15. Anm. 71.

dens dem Grundstückseigenthümer caviren. Sofern es sich hierbei um die Herstellung einer Anlage handelt — z. B. Anlegung eines Aquäducts infolge der eingeräumten Servitut, Wegreißen eines opus manu factum auf Grund der Gestattung durch richterliches Urtheil auf die actio aquae pluviae arcendae hin — kann die Caution natürlich nur wegen desjenigen Schadens gefordert werden, welcher von der auf Herstellung des opus gerichteten Thätigkeit und bei Gelegenheit derselben droht, nicht aber wegen des von der Existenz dieses opus befürchteten Nachtheils: muß der Eigenthümer infolge des Rechts des Unternehmers die Existenz des opus dulden, so kann er nicht Caution wegen eines Nachtheils beanspruchen, der lediglich in der Existenz des opus beruht[55]). Beim facere in alieno privato droht also, sobald dasselbe als selbständiger Grund der Cautionsforderung in Betracht kommt, der Schaden gerade von der Vornahme der einzelnen Handlung: ist die Handlung vorgenommen, dann ist auch der Schaden eingetreten, folglich hat man, wenn die Cautionsleistung nicht vorher erfolgte, keine Hilfe mehr: es ist damnum iam factum, der, da die Handlung formell ganz berechtigt war, nun nicht ersetzt zu werden braucht. — Das Mittel, durch welches die Cautionsleistung hier erzwungen wird, besteht einfach darin, daß dem Cau-

55) Anders ist es, wenn die fehlerhafte Beschaffenheit des auf dem Grundstück errichteten opus Schaden droht, z. B. wenn das aus der schadhaft gewordenen Wasserleitung ausfließende Wasser das Grundstück beschädigt. Dann ist aber eben ein andrer Gesichtspunct maßgebend: es steht das auf einer Linie mit dem vitium aedium.

tionspflichtigen die Ausübung seines Rechts untersagt wird. Eines selbständigen Angehens des Prätors zum Zweck der Erlangung der Caution bedarf es meist nicht. Leistet der, welcher die Handlung auf dem fremden Grundstück vornehmen will, auf Anfordern des Eigenthümers nicht freiwillig die Caution, so hindert ihn dieser eigenmächtig an der Vornahme der Handlung; klagt dann der Verhinderte auf Grund seines Rechts auf Zulassung, so macht der Eigenthümer einredeweis seinen Anspruch auf Caution geltend und wenn dieser nicht sofort befriedigt wird, lautet das Urtheil nur auf Zulassung gegen Leistung der Caution, bezüglich das Interdict oder die Klage wird vom Prätor nur mit dieser Beschränkung gegeben. Wählt der Eigenthümer den Weg der Klage, um den Gegner abzuhalten und bringt dieser einredeweis sein Recht zur Vornahme der Handlung vor, so wird auf die Replik des Klägers dem Beklagten die Vornahme der Handlung untersagt, bis er Caution deßhalb geleistet habe[56]). — Ueber die Person des Cautionspflichtigen ist hier ein Zweifel nicht möglich: es kann nur derjenige sein, der das ihm zustehende Recht des facere in alieno ausüben will[57]).

14. Bei einem *opus in publico* handelt es sich regelmäßig um Herstellung einer bleibenden Anlage. Wird der Anspruch gegenüber der zu diesem Zweck vorgenommenen Thätigkeit erhoben, so kann, wie beim facere in alieno privato, nur der Thäter belangt werden und die Folge des Nichtcavirens lediglich die Ver-

56) Vgl. hierüber auch unten Ziff. 34. i. Anf. Ziff. 38.

57) Vgl. unten Ziff. 24. i. Anf.

hinderung des facere sein. Ist hingegen das opus bereits vollendet, so daß von seiner Existenz der Schaden droht, so muß der Nachtheil des Nichtcavirens, falls hier überhaupt das Caviren noch verlangt werden darf, nothwendig ein andrer sein[58]), und in Bezug auf die Person des Verpflichteten entsteht die Frage, ob der Thäter als solcher haftet oder nur, wenn er im Besitz des opus ist, bezüglich ob auch derjenige caviren muß, der sich, ohne selbst der Thäter zu sein, im Besitz des opus befindet.

Nach dem Princip der cautio damni infecti findet dieselbe, wie früher ausgeführt wurde, überall nur da Anwendung, wo das Verhalten des Gegners formell als berechtigt erscheint: ist sein Thun, sein Haben, sein Nichtthun nach rechtlichen Grundsätzen unerlaubt, so bedarf es des indirecten Schutzes durch Caution nicht, sondern es wird direct auf Nichtthun, Nichthaben, Thun geklagt. Das facere in publico ist nun an sich Jedem gestattet, da die res publicae publico usui destinatae dem gemeinen Gebrauch offenstehen, nur darf dadurch, eben aus diesem Grund, weder das allgemeine Interesse durch Beeinträchtigung des usus publicus noch das specielle Interesse der Privaten durch Zufü-

58) Daß aber hier, wie Huschke (Gajus S. 211. A. 18.) meint, die actio in factum fictitia nach geschehenem Schaden stattgefunden habe, ist eine durch nichts gerechtfertigte Behauptung. Die von ihm angeführte l. 18. de S. P. U. 8. 2. und l. 27. §. 10. ad leg. Aquil. 9. 2. sprechen von einer ganz andern actio in factum (s. unten Ziff. 19. bei Anm. 28. 30.). Vgl. auch Hesse Rechtsverh. I. S. 9. 126 f. 128 f.

gung eines Vermögensschadens verletzt werden[59]). Wegen Handlungen, wodurch der usus publicus beeinträchtigt wird — gegen Vorrichtungen auf einem öffentlichen Weg, wodurch derselbe schlechter wird, Vorrichtungen in flumine publico ripave eius, wodurch die Schiffahrt beeinträchtigt oder der Lauf des Wassers im Verhältniß zum vorhergehenden Sommer abgeändert wird —, sind prohibitorische wie restitutorische Interdicte gegeben; gegen sonstige Handlungen in loco publico, facere in loco publico und immittere in locum publicum, steht ein lediglich prohibitorisches Interdict, also auch nur gegen den Thäter, demjenigen zu, der dadurch einen Nachtheil erleidet. In diesen Fällen würde es sonach einer cautio damni infecti nicht bedürfen, da durch die Interdicte die Vornahme der benachtheiligenden Handlung und Vorrichtung gehindert bezüglich die Beseitigung des Geschehenen erzwungen werden kann. Diesen Interdicten gegen denjenigen, der in loco publico eine Vorrichtung macht, stehen nun andere gegenüber, durch welche der Thäter gegen die Verhinderung seiner Thätigkeit geschützt wird: wer einen öffentlichen Weg ausbessert, wer die Ufer eines öffentlichen Gewässers befestigt, der hat gegen den ihn Hindernden das prohibitorische Interdict de via publica reficienda, de ripa munienda. Natürlich darf das reficere und munire nicht dazu führen, daß infolge davon der usus publicus beeinträchtigt wird, daher ist diesen Interdicten die Beschränkung zugefügt: dum ne ea via idve iter de-

59) Tantum iuris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet l. 2. §. 2. ne quid in loco p. 43. 8.

terius fiat, dum ne ob id navigatio deterior fiat. Der wegen Behinderung im reficere und munire Klagende wird also unterliegen, wenn der Gegner das Vorhandensein dieser negativen Voraussetzung, der Verschlechterung des Wegs und der Schifffahrt, wegen deren er ja ein selbständiges Interdict impetriren konnte, erweist. Wenn nun aber auch durch diese Beschränkung des Schutzes im reficere und munire gegen Störungen des usus publicus gesorgt und der Grundsatz, daß gegen Verschlechterung des Wegs und der Schifffahrt Schutz gewährt werden soll, aufrecht erhalten ist, so ist damit doch keine Vorsorge für den Privaten getroffen, dem aus derartigen Handlungen ein Nachtheil für sein Vermögen erwächst. Da das Ausbessern der Wege und das Befestigen der Ufer, sofern es nicht eine Beschränkung des usus publicus zur Folge hat, eine durchaus rechtmäßige Handlung ist, so steht dem dadurch verletzten Privaten, falls nicht etwa die Voraussetzungen der actio legis Aquiliae vorliegen, keine Klage auf Schadensersatz zu. Und doch fordert die Billigkeit, daß der Private aus solchem Thun keinen Schaden erleide. Daher wird hier dem Bedrohten der Anspruch auf cautio damni infecti gewährt und die Ertheilung des Interdicts zum Schutz in der Vornahme der Handlung nicht blos von der Nichtbeeinträchtigung des usus publicus, sondern daneben noch von der Leistung der c. d. infecti abhängig gemacht[60]).

60) Zwar ist dies ausdrücklich nur für das Interdict de ripa munienda ausgesprochen: quominus illi in flumine publico ripave eius opus facere ripae agrive qui circa ripam est tuendi causa liceat, dum ne ob id navigatio deterior fiat, si tibi damni infecti

Hierbei handelt es sich also um das Verlangen der Caution zu der Zeit, wo das opus begonnen wird: die Forderung geht gegen den Thäter und der Zwang besteht darin, daß dieser, wenn er nicht cavirt, gegen Störungen und Verhinderungen nicht geschützt, mithin das an sich gestattete facere gehindert wird. Wie aber, wenn die betreffende Arbeit beendet ist und ein opus perfectum vorliegt, z. B. wenn der Weg so ausgebessert ist, daß nunmehr das Regenwasser von ihm auf mein Grundstück herabfließt und die Mauer meines Hauses schadhaft zu machen droht, oder wenn der zum Schutz eines Grundstücks gegen Ueberschwemmung aufgeworfene Damm bewirkt, daß bei einer Ueberschwemmung das Wasser auf mein Grundstück gedrängt wird? Es scheint nach l. un. §. 5. de ripa mun. 43. 15., als könne wegen des opus perfectum Caution nicht mehr verlangt werden. Nachdem Ulpian in §. 3. gesagt, daß der, welcher ripam munire vult, de damno futuro caviren müsse und daß dies ausdrücklich im Interdict hervorgehoben werde, fährt er in §. 5. fort: etenim curandum fuit, ut eis ante opus factum caveretur:

in annos decem viri boni arbitratu vel cautum vel satisdatum est — vim fieri veto (l. un. pr. de ripa mun. 43. 15.), aber es kann, zumal l. 31. pr. h. t. hervorhebt, daß qui vias publicas muniunt, sine damno vicinorum id facere debent, keinem Zweifel unterliegen, daß auf Antrag des Impetraten auch in das Interdict de via publica reficienda (quo minus illi viam publicam iterve publicum aperire reficere liceat, dum ne ea via idve iter deterius fiat, vim fieri veto l. 1. pr. D. 43. 11.) diese zweite Voraussetzung aufgenommen werden konnte.

nam post opus factum persequendi hoc interdicto nulla facultas superest, etiamsi quid damni postea datum fuerit, sed lege Aquilia experiendum est. Sollte diese Stelle wirklich, wie gewöhnlich behauptet wird[61]), sagen, daß der Anspruch auf Caution ausgeschlossen sei, falls man sie nicht beim Beginn des facere, sondern erst post opus factum fordere? Sicherlich wäre das eine große Härte, denn während der Vornahme des opus ist man häufig gar nicht in der Lage zu übersehen, ob die Thätigkeit zu einem Resultat führen wird, von dem uns Schaden droht. Sodann wäre selbstverständlich dieser Satz nicht auf Uferbefestigungen beschränkt, sondern es wäre ein allgemeines auf sonstige opera in publico, nicht minder auch auf opera in suo anwendbares Princip. Für letztere gilt dies nun unzweifelhaft nicht: in dem Fall der l. 24. §. ult. h. t., bei dem tam alte fodire ut paries stare non possit, ist wegen des Gegrabenhabens, wegen des infolge der Vertiefung, dem Resultat des facere, drohenden Schadens der Anspruch auf Caution begründet. Daß aber auch bei opera in publico das opus iam factum die Forderung der Caution rechtfertigt, zeigt die l. 3. §. 3. de a. pl. a. 39. 3.: die actio aquae pluviae arcendae geht nur gegen den, qui in suo opus facit, quare si quis in publico opus faciat, haec actio cessat, sibique debet imputare is, qui damni infecti cautione sibi non prospexit; da nun diese Klage locum habet in damno nondum facto, opere tamen iam facto (l. 1. §. 1. eod.) und die c. d. infecti als Surrogat der bei einem opus in publico unzulässigen

61) Vgl. z. B. Hesse Rechtsverh. I. S. 79.

actio a. pl. a. angeführt wird, so ist folgeweis die c. d. infecti auch bei einem opus in publico iam factum zulässig: wer von einem solchen opus Schaden durch Herüberfließen des Regenwassers fürchtet, muß, da ihm hier zur Abwendung des drohenden Nachtheils jene Klage nicht zusteht, zu der gleichfalls gegen damnum futurum schützenden c. d. infecti greifen und wenn er, ohne sich dadurch Sicherung verschafft zu haben, Schaden leidet, so hat er es sich selbst zuzuschreiben. Demnach kann Ulpian, von dem die l. 24. §. ult. und die l. 3. §. 3. cit. herrührt, nicht in l. un. §. 5. cit. sagen wollen, daß bei einem opus iam factum ripae agrive tuendi causa der Anspruch auf Caution nicht mehr zustehe. Vielmehr ist der Sinn nur der: wenn Jemand ripam munire will, so muß er, falls Caution verlangt wird, dieselbe leisten, sonst wird er durch das Interdict de ripa munienda nicht geschützt; diese Voraussetzung seines Schutzes mußte in das Interdict mit aufgenommen werden, denn hat er ohne dieselbe das Interdict erlangt und unter dessen Schutz die Anlage vollendet, dann persequendi *hoc interdicto* nulla facultas superest, d. h. während der Bedrohte vorher bei dem Gesuch des das opus Vornehmenden um Schutz durch das Interdict Gelegenheit hatte, seine Cautionsforderung geltend zu machen und die Inferirung der Voraussetzung der Cautionsleistung zu veranlassen, ist davon jetzt, nachdem die Anlage vollendet ist und der Unternehmer eines Schutzes durch dieses Interdict nicht mehr bedarf, keine Rede mehr; tritt nun doch infolge seiner nicht rechtzeitig gehinderten Thätigkeit ein Schaden ein, so kann der Verletzte, falls die Voraussetzungen dazu vorliegen, die actio legis Aquiliae anstellen. Daß aber

vor Eintritt des Schadens, so lange derselbe von dem opus factum befürchtet wird, nicht das Recht der Cautionsforderung zustehe, kann damit nicht gemeint sein. Die gegentheilige Auffassung der l. un. §. 5. stützt sich auf die Ansicht, daß zur Erzwingung der Caution wegen eines opus in publico kein andres Mittel als Verweigerung des Interdictenschutzes gegeben sei. Dann wäre freilich post opus perfectum die Durchführung des Cautionsanspruchs unmöglich. Diese Behauptung ist jedoch, wie wir im Folgenden bei Betrachtung der verschiednen Fälle des facere in publico sehen werden, in dieser Allgemeinheit unrichtig.

Die restitutorischen Interdicte de via publica und de flumine publico stehen dann zu, wenn der Weg, die Schifffahrt verschlechtert, überhaupt der usus publicus beeinträchtigt ist, denn ein Schutz des usus publicus muß nicht blos gegen beginnende, sondern auch gegen vollendete Werke gewährt sein[62]). Hier haftet non is qui fecit, sed is qui factum habet: ist der Beklagte der Thäter, dann ipse suis sumtibus debet restituere, si vero nihil horum intervenit, sed habet factum, tunc dicemus, patientiam solam eum praestare debere[63]). Wenn hier von opus factum habere

62) In den Fällen des lediglich den Interessen der Privaten dienenden prohibitorischen Interdicts ne quid in loco publico wird denn auch, obgleich es wegen verletzten Privatinteresses post opus perfectum nicht zusteht, doch da, wo das opus usui publico obstat, Abhilfe gewährt. l. 2. §. 17. ne quid in loco p. 43. 8.

63) l. 2. §. 37. squ. ne quid in l. p. 43. 8. l. 1. §. 21. 22. de flumin. 43. 12.

und von pro derelicto relinquere opus quod fecit gesprochen und derjenige als habens bezeichnet wird, qui utitur et iure possessionis fruitur, sive ipse opus fecit, sive ex causa emptionis vel conductionis, vel legato vel hereditate vel quo alio modo adquisiit, so ist offenbar ein Fall vorausgesetzt, wo das opus ein solches ist, welches im Eigenthum steht. So wenn Jemand eine Cloake in viam publicam immittirt und dadurch den Weg untauglicher gemacht hat, wenn Jemand einen Graben auf seinem Grundstück angelegt hat, so daß das daselbst angesammelte Wasser auf den Weg fließt, oder wenn dieses Herüberfließen die Folge eines auf dem am Weg liegenden Grundstück errichteten Gebäudes ist, wenn auf einem Ufergrundstück ein opus gemacht wird, wodurch die Schifffahrt leidet[64]). Wenn nun die Voraussetzung für diese restitutorischen Interdicte, eine Beeinträchtigung des usus publicus, nicht vorliegt, aber für den Privaten durch das opus factum ein Schaden befürchtet wird, so daß der Anspruch auf c. d. infecti begründet erscheint, so kann gleichfalls nicht der Thäter als solcher haftpflichtig sein, sondern nur der, qui factum habet[65]). Welcher Zwang tritt aber

64) l 2. §. 26—28. ne quid in loco p.

65) Das ergiebt sich auch daraus, daß, wie gleich ausgeführt werden wird, der Cautionspflichtige entweder caviren oder die missio in possessionem erdulden muß: letztere kann natürlich nicht gegen den Thäter als solchen gehen. — In Bezug auf die Person des Cautionspflichtigen kommt aber doch wohl ein Unterschied in Betracht. Das restitutorische Interdict wegen eines solchen opus geht gegen den, qui fecit et factum habet, auf Restitution suis sumtibus, gegen den, der factum habet, aber nicht fecit, nur auf patientiam

gegen ihn ein, wenn er die Caution nicht freiwillig leistet? Es ist nicht wohl ein anderer denkbar als der durch missio[66]). Der Cautionspflichtige steht überall vor der Alternative entweder zu caviren oder einen Nachtheil zu erleiden, der sich durch die Weigerung zu caviren rechtfertigt und zugleich dem Bedrohten den nöthigen Schutz gewährt. Bei der Forderung der Caution wegen aedes ruinosae wird der Bedrohte in den Besitz der aedes ruinosae gesetzt mit der Befugniß, sich durch Beseitigung des gefahrdrohenden Zustands selbst zu schützen; wird wegen eines facere die Caution gefordert, so besteht der Nachtheil darin, daß durch die Vornahme der Handlung die Fortsetzung des begonnenen opus verhindert wird. Wenn nun die wegen des aus der Existenz

praestare. Sollte nicht auch bei der cautio damni infecti diese Verschiedenheit des Beklagten beachtet werden müssen? Zwar wenn Caution geleistet ist, haftet daraus der Cavent ganz in derselben Weise, mag er selbst der Urheber des opus gewesen sein oder nicht, da er eben durch die Caution den aus diesem opus entstehenden Nachtheil auf sich nimmt. Wenn es aber zur missio gekommen ist, wird man für denjenigen, der das opus nicht selbst gemacht hat, zur Vermeidung der missio ex secundo decreto die Caution zulassen müssen, ohne daß er zugleich Ersatz leisten muß für die etwa zur Beseitigung des gefahrdrohenden Zustands gemachten Verwendungen, während der Thäter das Recht der nachträglichen Cautionsleistung nur dann erhält, wenn er zugleich diesen Aufwand ersetzt.

66) Gegen die Behauptung von Huschke, daß hier die actio in factum fictitia nach geschehenem Schaden stattfinde, s. oben Anm. 58.

eines opus iam factum drohenden Schadens geforderte Caution nicht geleistet wird, so ist, falls nur die Wahl zwischen den beiden angeführten Mitteln bleibt, das erstere mit absoluter Nothwendigkeit gegeben: denn es ist klar, daß die Denegation des zum Schutz in der Vornahme einer Handlung bestimmten Interdicts sowie das außergerichtliche Verbot der Handlung durch operis novi nuntiatio und prohibitio, auf die man für die Fälle des vitium operis im Gegensatz zum vitium aedium gewöhnlich verweist, da keine Hilfe gewähren können, wo infolge der Vollendung des opus es eines Interdicts zum Schutz der Thätigkeit nicht mehr bedarf und eine Verhinderung zu spät kommt. Der missus erhält auch hier zunächst den Mitbesitz mit der Befugniß Vorkehrungen zu treffen, um sich gegen den durch die Existenz des opus drohenden Nachtheil zu schützen, nur daß diese Vorkehrungen hier unter Umständen in der Beseitigung des opus selbst z. B. im Niederreißen des Damms bestehen. Wird der Gegner durch das erste Missionsdecret nicht zur Nachgiebigkeit bewogen, so kommt es wie bei aedes ruinosae zur missio ex secundo decreto, wodurch das Eigenthum an dem opus auf den missus übergeht.

Nun giebt es aber auch Fälle eines eine Umgestaltung von Grund und Boden herbeiführenden facere in publico, wo das opus nicht besessen wird. So wenn Jemand einen öffentlichen Weg reparirt. Wird dadurch der bisherige Zustand in einer Weise geändert, daß daraus einem Privaten Schaden droht, so könnte, da hier von einem factum habere, von einem Besitz dieses opus nicht die Rede ist, der Anspruch auf Caution nur gegen den Thäter gerichtet sein, aber dieser kann zum Caviren

nicht gezwungen werden: der Zwang durch Verhinderung des facere kann gegenüber dem opus perfectum nicht mehr in Betracht kommen und die missio ist natürlich gleichfalls undenkbar. Mit dem Mangel eines Zwangsmittels fällt aber überhaupt die Verpflichtung zu caviren. Der Bedrohte ist hier auf das Recht angewiesen, den früheren Zustand wiederherzustellen, worin er durch das Interdict de via publica et itinere publico reficiendo geschützt ist[67]). Freilich muß er dann die Kosten der Wiederherstellung selbst tragen. Daher thut er wohl, gleich beim Beginn des opus die Caution zu verlangen, da er dann bei Weigerung der Cautionsleistung den Gegner an Vornahme der Reparatur hindern kann und diesem das zum Schutz im Repariren gegebene Interdict versagt wird.

In den Fällen des interdictum ne quid in loco publico fiat, wobei hauptsächlich auf bauliche Veränderungen auf öffentlichen Plätzen im Gegensatz zu viae publicae und flumina publica gedacht ist, bedarf es, wenn man nur die von dem Unternehmen drohende Gefahr rechtzeitig wahrnimmt, keiner Caution, denn das Interdict geht auf Verhinderung derartiger Anlagen, quibus damnum privato detur. Ist hingegen das schadendrohende opus iam factum, so kann, da das Interdict lediglich prohibitorisch ist, auf Beseitigung nicht geklagt werden. Wohl aber ist hier, wie uns die l. 3. §. 3. de a. pl. a. 39. 3. gezeigt hat, wegen des opus perfectum der Anspruch auf cautio damni infecti be-

67) Reficit enim et qui aperit et qui purgat et omnes omnino, qui in pristinum statum reducunt. l. 1. §. 1. D. 43. 11.

gründet. Da es sich hier wieder um ein im Privatbesitz befindliches opus handelt, so geht die Forderung gegen den qui factum habet und die Folge der Nichtleistung der Caution ist die missio in possessionem mit der oben angegebenen Wirkung.

Während Hesse[68]) wenigstens zugiebt, daß bei dem facere in suo auch nach Vollendung der Anlage die Caution gefordert werden könne und bei Verweigerung derselben die missio in possessionem stattfinde, leugnet Bachofen[69]) überhaupt bei einem opus die Zulässigkeit der Mission. Er behauptet, die missio werde nur gerechtfertigt durch die Gefahr, die durch den Zustand der Sache herbeigeführt werde, nicht aber durch diejenige, welche in einer Handlung ihren Grund habe, und letzteres sei auch der Fall, wenn die Handlungen eine bauliche Umgestaltung des Grundstücks bezweckten, selbst dann, wenn nicht mehr die Handlung als solche, sondern das jedesmalige Resultat derselben als der unmittelbare Träger der Gefahr erscheine: denn die Verpflichtung ruhe in dem Bauunternehmen, dieser Gesichtspunct behalte auch nach Vollendung der Anlage seine Bedeutung und das ausgeführte Werk, welches nur als Resultat der Arbeit erscheine, könne lediglich nach denselben Grundsätzen wie diese behandelt werden. Daher führe die Weigerung der Cautionsleistung wegen vitium operis nie zur missio, nie zur Uebertragung des Eigenthums, die Stelle der Mission vertrete bei den opera die operis novi nuntiatio, das interdictum quod vi aut clam, das interdictum uti possidetis, die Denegation der

68) Rechtsverh. I. S. 4. 7. 154.
69) Pfandrecht S. 384 ff. 391 ff.

Klage zum Schutz der Vornahme der Handlung. Gegen letzteres ist schon oben hervorgehoben worden, daß die angegebenen Zwangsmittel da keine Bedeutung haben, wo ein opus iam factum vorliegt und daß, wenn man wegen eines solchen überhaupt die Cautionsforderung für zulässig erklärt, der Zwang nicht wohl in etwas anderm als der missio bestehen kann. Wenn Bachofen sagt: „im vollendeten Werk treffen beide Gesichtspuncte zusammen, bei neugebautem Haus erscheint die Gefahr des Einsturzes nach der einen Seite hin als Folge der Thätigkeit, als vitium operis, nach der andern als ein in der Sache selbst liegender Mangel, als vitium aedium“, und wenn er wegen vitium aedium, nicht auch wegen vitium operis die missio für anwendbar erklärt, so könnte man bei der Annahme, daß er bei jedem opus perfectum die Seite betone, wonach die drohende Gefahr als ein vitium aedium erscheint, sich für befriedigt erklären, indem dann eben bei opus perfectum die missio als zulässig anerkannt würde; allein diese Annahme ist nach dem vorher Ausgeführten, wonach auch das vollendete Werk nur nach denselben Grundsätzen behandelt werden kann wie die Arbeit, deren Resultat das Werk ist, ausgeschlossen und Bachofen sieht in dem neugebauten Haus eben diejenige Seite als überwiegend an, nach der die Gefahr als Folge der Thätigkeit, als vitium operis erscheint. Danach würde aber in den Fällen eines opus perfectum das Recht die Caution zu fordern ganz illusorisch sein, da es einen Zwang zur Leistung derselben nicht geben würde. Wenn Bachofen zur Begründung seiner Ansicht ferner anführt, die Worte des prätorischen Edicts ‚in possessionem eius rei ire iubebo‘ fänden keine Anwendung auf

opera, res seien nur Gebäude und Grundstücke und von missio in opera sei nirgends in den Quellen die Rede, so läßt sich dem entgegenhalten, daß Gebäude eben auch opera und opera im Sinn von Anlage auch res sind und daß sich schon daraus das nicht ausdrückliche Erwähnen einer missio in opera zur Genüge erklären würde. Gerade die Fassung des prätorischen Edicts liefert einen Beweis gegen die Bachofen'sche Ansicht. Als Folge des Nichtcavirens wird hier allgemein und zwar in unmittelbarem Anschluß an die Bestimmung über die Caution wegen des opus in flumine publico ripave eius die missio in possessionem genannt: wäre für diesen letztern Fall die missio absolut unanwendbar gewesen, so hätte das Edict unmöglich diese Fassung erhalten können, während es sich von selbst verstand, daß da von einer missio keine Rede sein konnte, wo es, weil das opus in einer zum Resultat einer vom Thäter besessenen Anlage nicht führenden Handlung bestand, an jedem Object für die missio fehlte.

15. Endlich das *opus in suo*. Gewisse Fragen, deren Beantwortung nicht davon abhängt, auf welchem Grundstück das opus vorgenommen wird oder ist, sondern davon, worin dasselbe besteht, kehren natürlich auch hier wieder, wenn auch ihre Entscheidung infolge des Umstands, daß es ein opus in suo ist, zum Theil eine andere sein muß als die in den betrachteten Fällen getroffene.

Vor Allem kommt auch hier die Verschiedenheit des opus in Betracht, je nachdem die Caution gefordert wird wegen eines opus im Sinn von facere oder wegen eines opus als des bleibenden Resultats von auf

Herstellung desselben gerichteten Handlungen[70]). In den Fällen der ersten Art ist naturgemäß der Cautionspflichtige der Thäter: auch der auf seinem Eigenthumsgebiet Handelnde haftet als solcher, nicht als Eigenthümer. Wie nun, wenn der Thäter ein anderer ist als der Eigenthümer, z. B. der Pachter, der Miether[71])? Daß der Miether, der durch seine Handlungen auf dem

70) Zur ersteren Kategorie gehört das scindere, fodire, aedificare, das Benutzen eines an dem Nachbarhaus anliegenden Backofens in der Weise, daß daraus die Gefahr des Abbrennens befürchtet wird, der mit heftigen Erschütterungen des Grund und Bodens verbundene Betrieb einer Fabrik, wovon Lockerung der Mauern des Nachbarhauses und Einsturz droht, das Aufwerfen von Dünger nahe an der Grenze, so daß das angrenzende Gebäude schadhaft wird; Fälle der letztern Art sind das tam alte fodire, ut paries stare non possit, wenn nicht von der Handlung des Grabens, sondern dem Resultat des Grabens, der Vertiefung, dem fertigen Zustand der Einsturz befürchtet wird, die Existenz einer Düngergrube, in welche die Jauche aus den Ställen des Eigenthümers ohne weitere Thätigkeit desselben abläuft, die Existenz eines Wasserbehälters zum Auffangen des Regenwassers, aus welchem die Feuchtigkeit in einer das Nachbargrundstück mit Schaden bedrohenden Weise durchsickert.

71) Zwar kann in diesem Fall nicht von facere in suo im wörtlichen Sinn gesprochen werden, aber es ist doch ein facere auf einem andern Privatgrundstück als dem des Cautionsforderers und der Gegensatz des facere in alieno und in suo bezieht sich eben darauf, daß dort der Cautionsanspruch erhoben wird gegenüber demjenigen, der auf dem Grundstück des Klägers, hier hingegen gegenüber dem, der auf dem Nachbargrundstück handelt. S. oben Ziff. 13. Anm. 54.

gemietheten Grundstück den Nachbar bedroht, der rechte Beklagte ist, sollte füglich nicht bezweifelt werden, fraglich kann nur sein, ob auch der Eigenthümer deßhalb in Anspruch zu nehmen ist[72]). Da es sich hier, wo nicht ein opus perfectum vorliegt, nicht um einen schadendrohenden Zustand des Grundstücks handelt, so kann aus seiner bloßen Eigenschaft als Eigenthümer ein Anspruch gegen ihn nicht begründet werden: nur dann haftet er wegen des Thuns eines Andern, wenn ihm selbst dieses Thun mit zur Last fällt und er, sei es auch nur, weil er dasselbe nicht hinderte, wo er es hindern konnte, gewissermaßen selbst als Thäter erscheint. Was die l. 24. §. 6. h. t. in Bezug auf den Verfall der vom Eigenthümer geleisteten Caution wegen vitium operis ausführt, das gilt auch, wenn diese Caution vom Eigenthümer gefordert wird. Quamquam autem, sagt Ulpian in der angeführten Stelle, stipulatio committitur, cum vitio operis damnum factum sit, tamen, si opus factum est ab eo, quem promissor prohibere non potuit, stipulatio non committitur. plane si prohibere potuit, committetur. sed[73]) si quis promissoris nomine fecerit vel eius pro quo promissum est aut alius, qui prohiberi potuerit, stipulatio ista committetur. Danach kann der propter vitium operis Cavirende nur wegen seiner eigenen Thä-

72) Vgl. die in einem solchen Fall ergangenen in den Resultaten wie der Begründung sehr von einander abweichenden Entscheidungen der Juristenfacultäten zu Leipzig, Halle, Jena, Göttingen und des Oberappellationsgerichts zu Jena bei Hesse Rechtsverh. I S. 298—306., siehe unten Ziff. 24. i. Anf.

73) Mommsen: committetur sed *del.*

tigkeit auf Ersatz belangt werden, nicht wenn ein Anderer der Thäter war, und nur dann wird die Thätigkeit eines Andern seiner eigenen gleichgeachtet, wenn dieselbe auf seinen Willen zurückzuführen ist, sei es, daß sie mit seinem Willen und in seinem Auftrag vorgenommen wird, sei es, daß die Vornahme nicht gegen seinen Willen erfolgt, indem er sie nicht hinderte, während er hindern konnte: wegen der Thätigkeit eines Dritten, die seinem Willen vollständig fremd ist, steht ein Anspruch aus der geleisteten Caution gegen ihn nicht zu. Nicht anders kann es sich verhalten, wenn die Caution gefordert wird. Das Eigenthum verpflichtet ihn zur Sicherstellung des Bedrohten sowenig wie zur Ersatzleistung, für Handlungen eines Andern kann er cautionspflichtig nur sein, wenn diese Handlungen ihren Grund in seinem Willen finden. Dies ist unzweifelhaft dann der Fall, wenn er durch einen Miethvertrag dem Miether die Befugniß zu Handlungen einräumt, die, wenn er selbst sie vornähme, den Anspruch auf Cautionsleistung gegen ihn begründen würden. So wenn er einem Andern den Betrieb einer Fabrik, mit dem heftige Erschütterung des Grund- und Bodens verbunden ist, überläßt, wenn er sein Haus zum Betrieb eines von solchen Folgen begleiteten Gewerbes vermiethet. Daß er infolge seiner Gebundenheit durch den Vertrag den Berechtigten an der Vornahme dieser Handlungen nicht hindern kann, befreit ihn von seiner Cautionspflicht nicht, ein prohibere non posse im Sinn der l. 24. §. 6. cit. liegt hier nicht vor[74]): ob er selbst die Handlungen vornimmt, durch

74) Sonst würde ja der Eigenthümer einer Fabrik aus der geleisteten Caution nicht haften, wenn er zwar

einen Stellvertreter für sich vornehmen läßt oder einem Dritten das Recht zur Vornahme einräumt, ist gleichgiltig, überall ist es nur infolge seines Willens zu der schadendrohenden Thätigkeit gekommen; kann er auch den Miether an dem vertragsmäßig Gestatteten rechtlich nicht hindern, so hat er doch eben durch das Gestatten die Folgen auf sich genommen, er handelt durch den Miether selbst. Anders dann, wenn der Miether Handlungen vornimmt, zu denen er durch den Miethvertrag nicht berechtigt ist. Hier liegt der Fall des prohibere posse an sich vor: hindert also der Eigenthümer den Miether nicht, während er es rechtlich und factisch könnte, so macht er sich zum Mitschuldigen und darf die Cautionsleistung nicht von sich abweisen: nicht wegen seines Thuns oder ausdrücklichen Gestattens, aber wegen seines Duldens und Nichthinderns haftet er. Nun ist es aber doch möglich, daß der Eigenthümer in dem Fall, wo er rechtlich hindern kann, nicht auch factisch dazu in der Lage ist, z. B. wegen Abwesenheit oder weil seines Verbots ungeachtet der Miether in seiner Thätigkeit fortfährt und nun der Bedrohte etwa während des vom Eigenthümer gegen den Miether anhängig gemachten Processes mit seiner Cautionsforderung gegen den Eigenthümer auftritt. Hier trifft den Eigenthümer in keiner Weise ein Vorwurf und der gegen ihn erhobene Cautionsanspruch muß zurückgewiesen werden, weil das opus ab eo quem prohibere non potuit gemacht wird.

Die Gründe, die in den Fällen des facere den Eigenthümer nur dann als cautionspflichtig erscheinen

den Fabrikbetrieb einstellte, aber denselben einem Andern überließe.

lassen, wenn die auf seinem Grundstück vorgenommene Thätigkeit in der angegebenen Weise auf seinen eigenen Willen zurückzuführen ist, fallen da weg, wo von einem opus iam factum, von einem Zustand des Grundstücks der befürchtete Schaden droht. Wer das opus gemacht hat, tritt hier zurück, die Beschaffenheit des Grundstücks ist es, welche die Veranlassung der Cautionsforderung bildet, und wegen des Zustands des Grundstücks wird derjenige in Anspruch genommen, der das Grundstück zu vertreten hat, an erster Stelle also der Eigenthümer. Die Person des Thäters kommt gegenüber der Forderung der Caution nur in Betracht, so lange es sich eben blos um das Thun handelt, nicht mehr, wenn das Thun als solches beendet ist und nur noch das Resultat des Thuns als schadendrohender Zustand existirt.

Diese für die Bestimmung der Person des Cautionspflichtigen wichtige Verschiedenheit zwischen facere und opus factum macht sich, in ähnlicher Weise wie oben für das opus in publico ausgeführt wurde, auch in Bezug auf den Nachtheil geltend, der den die Caution nicht Leistenden trifft.

Wird nämlich wegen eines facere die Caution gefordert, so ist selbstverständlich eine missio in possessionem nicht möglich. Der Zwang gegen den Renitenten kann hier nur darin bestehen, daß die Vornahme der Handlung gehindert wird. Es ist dieser Zwang durch Verhinderung der Thätigkeit hier ebenso geboten wie beim facere in alieno privato und in publico und doch liegt die Sache hier wieder etwas anders. In jenen Fällen kann der Cautionsberechtigte den Thäter kraft seines Rechts hindern, sei es durch Selbhilfe, indem er ihm das Betreten seines Grundstücks, die Thä-

tigkeit in publico factisch verwehrt, sei es durch Rechtsmittel, die ihm aus seinem Besitz, aus seinem Eigenthum oder auf Grund seiner Eigenschaft als eines an der Nichtbeeinträchtigung des usus publicus Interessirten zustehen: der Klage des Cautionspflichtigen wegen solch factischer Störung und seinem gegenüber der Klage des Bedrohten erhobenen Einwand, daß er ein Recht zu dem facere habe, steht entgegen, daß die Voraussetzung für die Ausübung seines Rechts und für den Schutz in derselben eben die Cautionsleistung ist. Hingegen dem in suo Handelnden gegenüber hat der Cautionsberechtigte keine Verhinderungsbefugniß: nur da, wo die Voraussetzungen der operis novi nuntiatio und prohibitio vorliegen, kann er durch diese Rechtsmittel die Thätigkeit des Gegners sistiren, um so die Caution zu erlangen. Auf diese Art des Zwangs kann aber der Berechtigte nicht beschränkt sein, schon deßhalb nicht, weil sie nicht in allen Fällen anwendbar ist[75]), und auch da, wo ihm jene Rechtsmittel zustehen, muß er die Wahl haben, ob er nicht lieber durch seinen Antrag die Frage nach der Cautionspflicht des Gegners sofort zur Entscheidung des Prätors bringen will. Wenn nun das prätorische Decret dem Beklagten die Leistung der Caution auflegt und dieser zwar die Caution nicht leistet, aber die schadendrohende Thätigkeit z. B. den Betrieb der Fabrik einstellt, so ist damit die Sache erledigt und es bedarf eines weitern Zwangs nicht, so

75) So fehlt z. B. in allen Fällen, wo die Thätigkeit in der Benutzung einer schon vorhandnen Anlage, wie im Betrieb einer Fabrik, besteht, das Erforderniß des opus solo coniunctum.

wenig wie wenn der, welcher zu einem facere in alieno zugelassen werden will, gegenüber der Forderung der Caution von seinem Vorhaben absteht. Der Kläger will ja nichts weiter als Sicherheit gegen das ihn gefährdende facere, welches zu hindern er nicht berechtigt ist: wird das facere unterlassen, so ist die Ursache der Gefahr weggefallen. Nur wenn der Beklagte trotz Nichtleistens der Caution doch fortführe, würde es eines Zwangs, eines auf das Nichtcaviren gesetzten Nachtheils bedürfen. In welcher Weise soll dies geschehen, da missio undenkbar ist? Da der Beklagte vor der Alternative steht, entweder nicht zu thun oder wegen seines Thuns zu caviren, so kann er nicht die Cautionsleistung verweigern und doch thun: will er nicht caviren, so muß er aufhören. Diese Folge des Nichtcavirens muß im prätorischen Decret ausgesprochen sein, denn wäre blos die Cautionspflicht aufgelegt, so würde es an jeder Handhabe fehlen, um den Nichtcavirenden an der Vornahme der Handlung zu hindern. Der Prätor muß seinen Befehl so fassen, daß die Befugniß zur Fortsetzung der Thätigkeit als von der vorgängigen Cautionsleistung abhängig erscheint, also in der Form: ich verbiete dir die Fortsetzung der Thätigkeit, von welcher Kläger Schaden befürchtet, bis du ihm deßhalb Caution geleistet hast. Für diese Form spricht das, was bei der Remission wegen einer operis novi nuntiatio damni depellendi causa gilt. Wenn lediglich zum Zweck der Erlangung einer cautio damni infecti nuntiirt ist und der Nuntiat darauf beim Prätor den Antrag auf Aufhebung des Verbots stellt, so macht der Prätor diese Aufhebung davon abhängig, daß der Nuntiat die geforderte Caution leistet: nuntiatio tenet, donec cautio praestetur, er

spricht also den Befehl zur Cautionsleistung in der Weise aus, daß er zugleich die Folge der Nichtleistung mit hervorhebt und das vorgängige Caviren zur Voraussetzung für die Erlaubniß zur Fortsetzung der Bauthätigkeit macht: das Privatverbot bindet dich, d. h. du bist gehindert zu thun, so lange bis du die geforderte Caution geleistet hast[76]). Das, was bei der operis novi nuntiatio zunächst durch das Privatverbot des Nuntianten und dann durch die prätorische Bestätigung dieses Verbots ausgesprochen wird: du darfst nicht thun, wenn du nicht cavirst, das erklärt der Prätor, wenn ohne vorgängige Nuntiation der Antrag auf Cautionsleistung bei ihm gestellt wird, in gleicher Weise. Der Cautionsbefehl erscheint somit hier wie bei der o. n. n. damni depellendi causa in der Gestalt eines prohibitorischen Interdicts: dem Cautionsberechtigten ist damit ein Mittel gegeben, den nicht Cavirenden zur Unterlassung der gefahrdrohenden Thätigkeit zu zwingen[77]). Gewiß ein Mittel, welches vollständig seinen Zweck erfüllte

76) Vgl. diesen Commentar Serie der Bücher 39. 40. Thl. I. Ziff. 59.

77) Es wird also durch diese Fassung des Cautionsbefehls für den Fall des facere in suo ein Rechtsmittel geschaffen, welches dem in den Fällen des facere in alieno schon bestehenden entspricht: dort wie hier wird das an sich erlaubte Thun durch ein Interdict gehindert, falls der Thäter seiner Cautionspflicht nicht nachkommt. Wegen des durch Contravention gegen das Verbot zugefügten Schadens erlangt der Cautionsberechtigte Ersatz im iudicium secutorium.

und denjenigen, der nicht freiwillig von seiner Thätigkeit abstehen wollte, zur sofortigen Cautionsleistung bewog[78]).

Wie in den Fällen des facere ein Zwang zur Cautionsleistung durch missio in possessionem nicht denkbar ist, weil der Schaden nicht von einer Sache, sondern von einer Thätigkeit droht, so ist umgekehrt in dem Fall des opus perfectum das dort anwendbare Mittel der Natur der Sache nach ausgeschlossen, weil der Befehl zu unterlassen nur gegenüber einem Thun, nicht gegenüber einem Gethanhaben einen Sinn hat, eine Verhinderung nur für Künftiges, nicht für Vergangenes in Betracht kommen kann. Von der jetzigen Existenz des durch ein früheres facere entstandenen Zustands droht ein Schaden, der Inhaber dieses Zustands, der Vertreter dieses so beschaffenen Grundstücks ist cautionspflichtig, in welcher Weise wird er zur Erfüllung dieser Verpflichtung angehalten? Das Zwangsmittel kann hier kein anderes sein als das bei der Caution wegen vitium aedium stattfindende, die missio in possessionem. Weshalb soll der für die Caution propter vitium aedium maßgebende Gedanke — daß derjenige, dessen Haus durch seine Beschaffenheit Gefahr droht, entweder caviren oder das gefährdende Object preisgeben muß, in der Weise, daß der Bedrohte zunächst durch missio ex primo decreto die Befugniß erhält durch Beseitigung der Gefahr sich selbst zu beschützen und bei fortgesetztem Ungehorsam in das Recht des Cautionspflichtigen an dem gefahrdrohenden Object eintritt — nicht auch bei der Caution propter vitium operis iam facti

78) Vgl. auch unten Ziff. 34. i. Anf. und Anm. 72. Ziff. 35. Anm. 9.

zur Anwendung kommen? Derjenige, dessen Mauer durch die vom Nachbar nahe an der Grenze gemachte Vertiefung der Gefahr des Einsturzes ausgesetzt ist, erlangt durch die missio ex primo decreto die Befugniß die Vertiefung auszufüllen und durch Wiederherstellung des früheren Zustands die Gefahr zu beseitigen, die missio ex secundo decreto überträgt auf ihn das Recht des Gegners an dem Theil des Grundstücks, dessen gefahrdrohender Zustand die Forderung der Caution veranlaßt hat. Wenn Bachofen (S. 391 ff.) die Behauptung, es fehle bei opera in privato auch nach Vollendung der Anlage dem Missionsverfahren an einem der Eigenthumsübertragung zugänglichen Object[79]), darauf stützt, daß die missio unmöglich in die an der Grenze angelegte Düngergrube u. s. w. stattfinden könne und ebensowenig in das ganze Grundstück, dem diese einzelne Anlage angehört, da nicht das ganze Grundstück, sondern nur die einzelne Anlage der Träger der Gefahr sei, so ist zwar das letztere richtig, nicht aber das erstere. Warum sollte die missio in der oben angegebenen Weise nicht in die Düngergrube, in die gegrabene Vertiefung erfolgen können? Das opus macht den Zustand des Grundstücks oder eines Theils desselben zu einem gefahrdrohenden, die Caution wird also bei einem solchen opus, welches in agro factum est, zugleich agri nomine gefordert und si agri nomine non caveatur, in eam

79) Ueber die Stichhaltigkeit des andern von Bachofen S. 384 f. für die Unzulässigkeit der missio angeführten Grundes, daß die Gefahr hier immer noch in einer Thätigkeit des Eigenthümers, nicht in einem Zustand des Grundstücks ihren Grund habe, s. oben Ziff. 14. a. E.

partem agri mittendum est, ex qua periculum timeatur[80]). Wer die Zuläſſigkeit der missio für den Fall eines opus iam factum in Abrede ſtellt, muß conſequent für dieſen Fall zugleich die Cautionsverpflichtung leugnen, denn dieſe Pflicht iſt ohne entſprechenden Zwang nicht denkbar, ein anderes Zwangsmittel aber als das der missio in possessionem giebt es nicht.

16. Dieſe Fragen nach der Perſon des Cautionspflichtigen ſowie nach der Folge der Nichtleiſtung der Caution ſind der Caution wegen opus in suo und der wegen opus in alieno und in publico gemeinſam und im Weſentlichen für alle dieſe Fälle gleichmäßig zu beantworten. Beſonderes Gewicht liegt aber hier auf der Frage, unter welchen Vorausſetzungen wegen eines ſolchen opus in suo die Caution verlangt werden kann. Wir berühren damit die ſchwierige und beſtrittene Lehre von dem ſog. Nachbarrecht. Es kann nicht im Plan dieſer Darſtellung liegen, auf eine erſchöpfende Beſprechung dieſer Verhältniſſe einzugehen, nur ſoweit es zur Abgrenzung des Gebiets der cautio damni infecti erforderlich iſt, müſſen wir dieſelbe in den Kreis unſerer Betrachtung ziehen.

An die Spitze iſt auch hier der Satz zu ſtellen, daß die Caution nur da gefordert werden kann, wo ein formellrechtlich ganz erlaubtes Verhalten vorliegt und lediglich die Billigkeit einen Schutz gegen die daraus hervorgehenden nachtheiligen Wirkungen erheiſcht. Wo daher der eine Nachbar wegen einer Thätigkeit des anderen oder einer Anlage deſſelben die actio negatoria

80) l. 38. §. 1. h. t.

auf Unterlassen der Thätigkeit oder auf Beseitigung der Anlage hat, da ist an sich der Anspruch auf cautio damni infecti ausgeschlossen. Daß dennoch die Caution in Fällen erwähnt wird, wo auch die actio negatoria als begründet erscheint, das erklärt sich aus einem Umstand, den wir später zu betrachten haben, daraus nämlich, daß diese Klage nicht zugleich auf Ersatz des bereits zugefügten Schadens gerichtet ist[81]).

Wann also ist die actio negatoria zwischen zwei Grundstücksnachbarn begründet, wo ist die Grenze des beiden Theilen Erlaubten?

Auch nach Iherings Ausführungen[82]) kann es keinem Zweifel unterliegen, daß nach den Quellen das für diese Frage in erster Linie entscheidende Princip das ist: innerhalb seines Gebiets kann Jeder thun, was er will, in das Gebiet des Nachbars darf er nicht eingreifen. Der Eingriff in die Eigenthumssphäre des Nachbars, der nicht in einem facere in alieno besteht, sondern von einem facere in suo ausgeht — und nur dies kommt, da wir von der Caution wegen eines opus in suo sprechen, für uns in Betracht — wird, sofern wirklich eine Grenzüberschreitung vorliegt, in den Quellen bekanntlich als immittere in alienum bezeichnet. Wegen eines solchen immittere ist an sich nach der Consequenz des Eigenthumsbegriffs die actio negatoria begründet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat — posse igitur agere ius illi non esse id ita facere[83]). Mit vollem

81) Vgl. unten Ziff. 18.
82) Jahrb. für Dogm. VI. S. 81 ff.
83) l. 8. §. 5. si serv. vind. 8. 5.

Recht verwirft Ihering (S. 105. 120.) den Gesichtspunct, als ob alle vom Eigenthümer auf seinem Grund und Boden vorgenommenen Handlungen, einerlei ob ihre Wirkungen in die Rechtssphäre des Nachbars hineinreichen oder nicht, erlaubt seien und geht statt dessen von dem Gesichtspunct aus, daß der Eigenthümer mittelst seiner Handlungen weder unmittelbar noch mittelbar in die Eigenthumssphäre des Nachbars eingreifen dürfe und daß ihm nur ausnahmsweise letzteres rücksichtlich mancher Handlungen erlaubt sei. Aber dieser Gesichtspunct ist nur dann vollkommen zutreffend, wenn diese Eingriffe in Gestalt einer Immission auftreten. Durch jede immissio in alienum, mag sie eine unmittelbare oder mittelbare sein, wird das Eigenthum des Nachbars verletzt und die actio negatoria begründet, soweit eben nicht ausnahmsweis manche Immissionen geduldet werden müssen. Aber auch nur die Immission hat diese Wirkung. Ein facere in suo, welches nichts hinüberführt in das Nachbargebiet, kann der Nachbar auf Grund seines Eigenthums nie hindern. Grabe ich auf meinem Grundstück so tief an der Grenze, daß das Nachbarhaus infolge davon einstürzt, so erstreckt sich zwar die Wirkung meines Thuns auch in das Nachbargebiet hinüber, aber es liegt keine Immission vor, ich habe die Grenze meines Gebiets in keiner Weise überschritten und der Nachbar kann mich mit actio negatoria weder hindern noch auf Beseitigung des ihn gefährdenden Zustands klagen: er hat nur das Recht eine cautio damni infecti zu fordern.

Gerade die Auffassung, daß der oberste Gesichtspunct das Verbot der Immission sei, bekämpft Ihering. Die dieses Verbot enthaltenden Aussprüche der römischen

Juriſten ſeien nicht ſelbſtändige Regeln, ſondern Ausfluß eines andern Gedankens, nämlich des Gedankens, daß Niemand mittelbare Eingriffe zu dulden brauche, die entweder der Perſon oder Sache ſchaden oder die Perſon in einer das gewöhnliche Maß des Erträglichen überſchreitenden Weiſe beläſtigen; der Geſichtspunct der Immiſſion gehe theils zu weit, denn auch die Erzeugung von Staub enthalte für den Nachbar eine Immiſſion und würde danach von ihm nicht geduldet zu werden brauchen, theils gehe er nicht weit genug, denn die Erderſchütterung, welche das ſichere Beſtehen des benachbarten Hauſes bedroht, enthalte keine ſubſtantielle Immiſſion und würde demnach geduldet werden müſſen. Dieſe Argumentation beruht auf zwei Fehlern. Daß nicht jede Immiſſion als unerlaubt zurückgewieſen werden kann, beweiſt nicht, daß der Geſichtspunct der Immiſſion nicht der maßgebende ſei: es muß eben ausnahmsweiſe manches geduldet werden, was nach dem ſtrengen Eigenthumsbegriff als Immiſſion verboten werden könnte; ſobald aber die Grenze des Duldenmüſſens überſchritten wird, iſt es doch die Immiſſion, welche die Klage begründet. Und wenn Ihering dem Begriff der Immiſſion den des Eingriffs ſubſtituirt, was iſt damit gebeſſert? Das Reſultat iſt doch auch hier, daß manche Eingriffe geduldet werden müſſen, manche nicht. Bedenklicher und practiſch wichtiger iſt aber das andere. Der Geſichtspunct der Immiſſion reiche nicht weit genug, weil es auch andere Eingriffe in das Nachbargebiet z. B. durch Erderſchütterung gebe, die keine ſubſtantielle Immiſſion enthielten und doch nicht geduldet zu werden brauchten. Indem Ihering aus dieſem Grund den Geſichtspunct der Immiſſion verwirft und dafür den allgemeineren die

Immission mitumfassenden Begriff des Eingriffs setzt, wird er dazu verleitet, Immissionen und Eingriffe ohne Immission ganz gleich zu behandeln und die Frage, wie weit Eingriffe geduldet werden müßten, nach denselben Principien zu entscheiden: beides ist ihm gleichmäßig unerlaubt, sobald der Eingriff der Person oder Sache schadet oder die Person in einer das gewöhnliche Maß des Erträglichen überschreitenden Weise belästigt. Und doch besteht zwischen den beiden Arten des Eingriffs ein großer Unterschied: eine wirkliche Immission begründet die actio negatoria, eine Einwirkung auf das Nachbargebiet ohne substantielle Immission nur das Recht auf cautio damni infecti, dort kann auf Unterlassen bezüglich auf Beseitigung des Immittirten geklagt, also die Immission direct gehindert werden, hier ist von einer directen Verhinderung der Einwirkung nicht die Rede, denn wenn der Eigenthümer für die Folgen dieses seines Verhaltens cavirt, giebt es kein Mittel ihm das facere und habere in suo zu verbieten, und nur indirect ist er auch hier gehindert insofern als er ohne Caution nicht so thun und haben darf. Und auch die Voraussetzungen, unter welchen die actio negatoria und der Anspruch auf c. d. infecti zusteht, sind verschieden. Die actio negatoria wegen Immission setzt nur noch negativ voraus, daß keine der Beschränkungen vorliegt, infolge deren eine nach dem Begriff des Eigenthums an sich verbotene Immission ausnahmsweise geduldet werden muß, das Recht der Cautionsforderung setzt positiv voraus, daß die eine Immission nicht enthaltende Einwirkung von besonderer Beschaffenheit ist, so daß es als ein Gebot der Billigkeit erscheint, daß der Eigenthümer für die nachtheiligen Folgen seines formell vollkommen berechtig-

ten Verhaltens caviren muß: dort kann der Nachbar auf Grund seines Eigenthums hindern, weil der Gegner formell Unerlaubtes thut, und nur ausnahmsweise muß er dulden, hier kann der Nachbar auf Grund seines Eigenthums nicht hindern, weil der Gegner formell Erlaubtes thut, er muß es dulden und nur ausnahmsweise braucht er blos gegen Caution zu dulden. Da, wo das Duldenmüssen die Ausnahme ist, sind die Schranken nothwendig enger gesetzt als da, wo es die Regel bildet, dort braucht weniger geduldet zu werden als hier: die actio negatoria kann schon durch blos lästige Eingriffe begründet werden, das Recht auf Leistung der c. d. infecti nicht. — Ihering hat diesen Unterschied nicht beachtet, weil er mit erklärter Absicht (S. 101. 118. Anm. 23.) auf die Form, in welcher das römische Recht den Eigenthümer zu Gunsten seiner Nachbarn beschränkt, in seiner Abhandlung gar keine Rücksicht nimmt. Und doch hebt er (S. 97.) mit vollem Recht hervor, daß es sich bei der legislativen Gestaltung des Nachbarverhältnisses nicht blos um die Frage handelt, was Jeder auf seinem Grund und Boden vornehmen dürfe und was als Eingriff in die Rechtssphäre des Nachbars gelte, sondern zugleich um eine Reihe anderer z. B. um die, in welcher Form der Eigenthümer die Eingriffe des Nachbars zurückweisen darf u. s. w. Wenn er den früheren Darstellungen dieses Verhältnisses den Vorwurf macht, daß das Bewußtsein von dem Umfang jenes Problems und den bei demselben maßgebenden Rücksichten und Gesichtspuncten hauptsächlich deßhalb nicht klar und bestimmt hervortrete, weil dieselben sich über die Form, in der das römische Recht das Problem zur Lösung gebracht, nämlich die der formellen Rechtsmittel, nicht hinaus zu er-

heben wagten, so zeigt gerade Iherings Darstellung nach der anderen Seite, wie unzweckmäßig es ist, gegenüber der Frage, was Jeder auf dem Seinigen vornehmen darf und was als Eingriff in das Gebiet des Anderen gilt, die andere gleich wichtige Frage nach der Form, in welcher ein Schutz gegen Eingriffe gewährt wird, zurücktreten zu lassen und namentlich die Fälle, in denen die actio negatoria und die, in denen der Anspruch auf c. d. infecti begründet ist, unter den gleichen materiellen Gesichtspunct des unerlaubten Eingriffs zu bringen. Beide Fragen lassen sich eben getrennt nicht genügend beantworten.

Wir müssen daher die Frage so stellen: wann wird gegen Eingriffe in mein Gebiet durch Handlungen, die der Nachbar in suo vornimmt, ein Schutz in Form der actio negatoria, wann in Form der c. d. infecti gewährt? Für diese Frage ist in erster Linie der Unterschied maßgebend, ob das facere in suo mit einer immissio in alienum verbunden ist oder ob der Eingriff in einem eine immissio nicht enthaltenden Hinüberwirken auf das Nachbargebiet besteht. Nur im erstern Fall ist die actio negatoria begründet, im letztern lediglich der Anspruch auf c. d. infecti.

Betrachten wir zuerst das Anwendungsgebiet der *actio negatoria*, also die Fälle der Immission.

Unter immittere in alienum im Gegensatz zum facere in alieno verstehen die Quellen jede Handlung oder Anlage, welche nicht auf fremdem, sondern auf eigenem Gebiet ihren Ausgang nehmend sich in das fremde Gebiet hineinerstreckt, mit Ueberschreitung der räumlichen Grenzen des Gebiets, auf dem sie beginnt, eine feste, flüssige, luftförmige Substanz in das Nachbargebiet hin-

einführt. Das characteristische Merkmal der immissio ist die Grenzüberschreitung, die der Nachbar auf Grund seines Eigenthums infolge des in diesem liegenden Verhinderungsrechts zurückweisen kann. Dadurch unterscheidet sich die Immission eben von dem Fall, wo der Eigenthümer durch seine Handlung und sein Haben in suo zwar auf das Nachbargebiet einwirkt, ohne aber dabei über die räumlichen Grenzen seines Gebiets hinauszugehen, ohne daß von seinem Gebiet aus Substanzen in das Nachbargebiet gelangen: gegen solches innerhalb der Schranken des Eigenthumsgebiets sich haltendes und darum formell berechtigtes Gebahren kann der dadurch beeinträchtigte Nachbar jedenfalls nicht auf Grund seines Eigenthums einen Widerspruch erheben.

Unter den Eingriffen, die eine Immission enthalten, besteht ein natürlicher Unterschied, der zwischen unmittelbarer und mittelbarer Immission.

Die Definition, die Ihering (S. 107) von unmittelbarem und mittelbarem Eingriff giebt, kann nicht als richtig anerkannt werden. Abgesehen davon, daß sein Begriff des mittelbaren Eingriffs die beiden Fälle umfaßt, die geschieden werden müssen, den der mittelbaren Immission und den der sonstigen Einwirkung ohne Immission, ist, wie Hesse[84]) richtig bemerkt, die Definition des unmittelbaren Eingriffs zu eng. Es soll dies derjenige sein, der seine Wirkungen in der Eigenthumssphäre des Nachbars beginnt, mag er in einer Handlung der Person oder in einem Zustand der Sache, in Anlagen, Werken bestehen, z. B. wenn ich Wasser auf das

84) Jahrb. für Dogm. VI. S. 425.

Nachbargrundstück hinübergieße oder meinen Schornstein in des Nachbars Luftraum hinüberleite; mittelbarer Eingriff hingegen sei derjenige, der seine nächsten Wirkungen auf dem Grundstück des Eigenthümers ausübe und sie nur in der Eigenthumssphäre des Nachbars fortsetze, z. B. wenn ich Wasser auf mein eigenes Grundstück gieße oder einen Wasserbehälter auf meinem Grundstück anlege, so daß das Wasser in das benachbarte Grundstück hinüberdringt; in den Fällen, wo der Eingriff durch Zustände der Sache herbeigeführt werde, lasse sich der Gegensatz zwischen unmittelbarem und mittelbarem Eingriff auch so fassen: etwas (ganz oder zum Theil) haben in des Nachbars Eigenthumsgebiet oder etwas ganz haben auf eignem Gebiet, aber durch die Folgen dieses Habens dem Nachbar schaden. Es liegt jedoch, wie Hesse a. a. O. hiergegen mit Recht geltend macht, ein unmittelbarer Eingriff nicht blos dann vor, wenn mein Schornstein oder meine Dachrinne in das Nachbargebiet hinüberragt — wo ich nach Ihering etwas in alieno habe —, sondern auch dann, wenn diese Anstalten sich ganz innerhalb meiner Grenzen befinden, aber infolge der Anlage der Rauch, das Wasser ohne Vermittelung weiterer Zwischenursachen in das Gebiet des Nachbars hineindringt, z. B. wenn ich in meiner Mauer eine Oeffnung habe, durch welche Wasserdämpfe in den Luftraum des angrenzenden Grundstücks getrieben werden, oder wenn eine Dachrinne so angelegt ist, daß das Regenwasser, ohne mein eigenes Grundstück zu berühren, sofort auf das des Nachbars hinüberfällt: hier habe ich die Anlage ganz in meo und doch ist das ein directer Eingriff in alienum. Ob ich aus einem Gefäß Wasser hinüberschütte oder durch meine Dachrinne Wasser hinüberleite, ist gleichgiltig, jenes ist

kein facere, dies kein habere in alieno, beides aber ist ein directes immittere in alienum[85]).

Von einem andern Gesichtspunct als dem des Gegensatzes zwischen directer und indirecter Immission ausgehend sucht Hesse (a. a. O. S. 399 ff.) die Frage, wo die Grenze des Erlaubten im Verhältniß der Nachbarn zu einander sei, in andrer Weise zu beantworten. Er unterscheidet absolut widerrechtliche Eingriffe, welche die actio negatoria begründen, und Eingriffe und Einwirkungen, die nach strengem Recht nicht widerrechtlich sind und gegen welche deshalb eine Klage auf Beseitigung nicht gegeben sei. Absolut widerrechtlich sei einerseits das facere und factum habere in alieno d. h. Handlungen, die auf fremdem Gebiet beginnen und vollzogen werden, andrerseits das immittere und immissum habere d. h. Handlungen und Zustände, die auf dem Grundstück des Eigenthümers ihren Ausgang nehmen, aber in ihrer äußern Gestalt und mit sichtbarem Umfang über die Grenze hinübergreifen. Da aber doch nicht jede Immission absolut widerrechtlich sei, so müsse weiter unterschieden werden: wenn mit unserm Grundstück oder Gebäude organisch oder künstlich verbundene Gegenstände hinüberragen, so sei das absolut widerrecht-

85) Der Vorwurf, den Hoffmann Pract. Arch. N. F. I. S. 271. Hesse macht — daß er den Gegensatz des Unmittelbaren und Mittelbaren mit dem Gegensatz des Nothwendigen und Zufälligen verwechsele, Gegensätze, die keineswegs gleichbedeutend seien, denn die mittelbaren Eingriffe im Sinn Hesse's seien dann nothwendige, wenn die Naturereignisse oder sonstigen Zwischenursachen stets bei der Hand seien oder doch von Zeit zu Zeit wiederkehrten — trifft unsere Auffassung nicht.

lich; hingegen das Eindringen beweglicher und loser Körper, flüssiger oder fester, sei nur dann als widerrechtliche Immission zu betrachten, wenn es infolge einer Handlung, Vorrichtung oder Anlage geschehe, durch welche diese Körper unter allen Umständen nothwendig und ohne Vermittlung anderer Factoren in das Nachbargebiet hinübergeleitet werden, so daß das Eindringen daselbst bei gewöhnlicher menschlicher Einsicht vorausgesehen werden konnte. — Diese Unterscheidung zwischen Hereinragen unbeweglicher und Eindringen beweglicher Körper ist, wie innerlich unbegründet, so quellenwidrig. Wenn die rudera meines eingestürzten Hauses auf dem Nachbargrundstück liegen, wenn ein Stück Erdreich von meinem Grundstück auf das benachbarte hinabgefallen ist, so handelt es sich um ein Eindringen beweglicher Körper: der Nachbar hat nach l. 9. §. 2. h. t. wegen dieser widerrechtlichen Immission die actio negatoria und doch liegt hier die von Hesse in Bezug auf das Eindringen beweglicher Körper aufgestellte Voraussetzung nicht vor. Auch die von Hesse selbst (S. 405 ff.) zur Erläuterung seiner Sätze angeführten Beispiele zeigen, daß man mit seinem Princip nicht auskommen kann. Wenn die Röhren, in denen A neben der Wand des B Wasser leitet, zerbrechen und das Wasser gegen die Wand des B fließt und sie durchnäßt, so soll das ein widerrechtlicher Eingriff sein, weil das Eindringen des Wassers in die Wand die nothwendige, unmittelbare und ohne Weiteres vorauszusehende Folge davon sei, daß die Röhren zerbrochen sind; wenn dagegen Wasserröhren auf andere Weise der benachbarten Wand Schaden zufügen z. B. durch Feuchtigkeit, die sie, ohne gerade auszulaufen, in der Wand erzeugen, so soll das kein widerrecht-

licher mit der actio negatoria zu beseitigender Eingriff sein[86]). Welcher Unterschied ist zwischen diesem letztern Fall und dem andern, wo Hesse wieder einen widerrechtlichen Eingriff annimmt, wenn nämlich A unmittelbar an der Wand des B eine Düngergrube anlegt, von der aus die Feuchtigkeit in die Wand eindringt? Warum soll sich A hier eher sagen können, daß die Feuchtigkeit eindringen muß als dort? Das wird doch ganz auf die Beschaffenheit der Anlage ankommen. Für den Fall, daß die Düngergrube in einiger Entfernung von der Nachbarwand angelegt ist, erkennt dies Hesse an: hier komme Alles auf die die Grundstücke verbindende Erdschicht an, bei lockerem Boden sei das Eindringen der Feuchtigkeit leicht möglich, es kann mithin vorausgesehen werden, und doch soll hier dieses Eindringen, weil es bedingt sei, kein widerrechtlicher Eingriff sein! Wenn A ein niedriges Haus neben dem höher gelegenen des B besitze und er dicht neben diesem seinen Schornstein münden lasse, so sei dies, da der Rauch nach einem natürlichen Gesetz für gewöhnlich in der Luft gerade aufsteige, ein widerrechtliches Beginnen; wenn er hingegen seinen Schornstein nicht neben dem Hause des B anbringe, so sei er für den durch die Luft oder andere Einflüsse dem B zugeführten Rauch nur insofern verantwortlich als dieser das Eigenthum des B wirklich be-

86) Die für letztres angezogene l. 5. ne quid in loco publ. 43. 8. würde, selbst wenn sie von der c. d. infecti spräche, doch nichts davon enthalten, daß der rivus aquae ductus durch etwas andres als durch Auslaufen schade.

schädige, vorausgesetzt, daß B sich Caution habe bestellen lassen[87]).

Quellenwidrig und vielfach irrig, sowohl in Bezug auf die Unterscheidung der verschiedenen möglichen Eingriffe, wie hinsichtlich der Frage, welche dieser Eingriffe erlaubt, welche verboten sind, und welche Rechtsmittel wegen solcher Eingriffe zustehen, unter welchen Voraussetzungen auf Hinderung bezüglich Beseitigung, unter welchen auf cautio damni infecti geklagt werden kann, ist auch die Theorie von Hoffmann[88]), die gewissermaßen zwischen der Theorie von Ihering und Hesse steht. Hoffmann nimmt eine dreifache Art der Einwirkung an: unmittelbares Eingreifen der wirkenden Ursachen (theils Werke, theils Handlungen, theils Verbindung beider, bisweilen unter Mitwirkung von Naturereignissen) in das Nachbareigenthum — mittelbares Einwirken, indem das auf dem Grundstück des Einen Befindliche (Wasser, Rauch, Staub) in das Nachbareigenthum hinübergeleitet wird und den auf dem ersteren Eigenthum begonnenen Eindruck dort fortsetzt — Hinüberfallen von abgelösten Bestandtheilen eines Werks des einen Eigenthümers in das Gebiet des andern. Bei der zweiten Kategorie (mittelbares Einwirken) unterscheidet er zwischen Handlungen und Anstalten, welche nachtheilige Einwirkungen auf das Nachbareigenthum mit gewisser Wahrscheinlichkeit befürchten lassen, und Anstalten, die ein schon vorhandenes oder mit Sicherheit zu erwartendes bleibendes Einwirken auf das Nachbareigen-

87) Für diese Unterscheidung hätte Hesse sich am wenigsten auf l. 8. §. 5. si serv. vind. 8. 5. berufen sollen.
88) Pract. Arch. N. F. I. S. 241 ff.

thum enthalten: die ersteren seien bedingt widerrechtlich und gäben Anspruch auf cautio damni infecti, die letzteren seien unbedingt widerrechtlich und berechtigten zu einem wirksameren Schutz. Der Grad der Einwirkung und Beeinträchtigung durch die hinübergeleiteten Substanzen bestimme sich meist durch die Benutzungsweise des beeinträchtigenden Eigenthümers: eine ausgedehnte und außergewöhnliche Benutzung des einen Eigenthums habe, wenigstens häufig, eine merkliche Beeinträchtigung der gewöhnlichen Gebrauchszwecke des nachbarlichen Eigenthums zur Folge, während die gewöhnliche Benutzung des ersten Eigenthümers fast stets nur eine mäßige Beeinträchtigung des Nachbareigenthums bewirken werde. In Bezug auf die Frage, inwieweit solche Eingriffe gestattet oder untersagt sind, geht Hoffmann davon aus, daß in erster Linie das Interesse des benachtheiligten Eigenthümers in Betracht komme: die Erreichung der gewöhnlichen Gebrauchszwecke soll nicht merklich und nicht fortdauernd beeinträchtigt werden; sei der Nachtheil nicht erheblich und das Einwirken nicht ein fortdauerndes oder wenigstens in gewissen Zeitpunkten sich regelmäßig wiederholendes, so stehe wenigstens kein unbedingtes Recht auf Unterlassen oder Beseitigung zu, sondern nur unter Umständen eine cautio damni infecti, während die Benachtheiligung durch Vermittlung außergewöhnlicher Zufälle ertragen werden müsse; in zweiter Linie entscheide aber auch das Interesse des benachtheiligenden Eigenthümers: dieser dürfe in der gewöhnlichen Benutzungsweise des Eigenthums nicht gehindert werden, selbst wenn diese eine gewisse Benachtheiligung des Nachbars zur Folge habe, hingegen in der außergewöhnlichen Benutzungsweise sei er behindert, wenigstens insofern als es sich um die

gewöhnlichen Folgen einer außergewöhnlichen Benutzungsweise handle, während die außergewöhnlichen Folgen geduldet werden müßten oder höchstens Anspruch auf c. d. infecti gäben. Was endlich die Schutzmittel gegen solche unerlaubte Eingriffe anbelangt, so stellt Hoffmann das Princip auf: bei unbedingt schädlichen Anlagen könne deren Entfernung verlangt werden, aber es brauche der Gegner, der sie nicht selbst errichtet habe, nur patientiam zu prästiren, wo hingegen die Handlung oder Anlage eine Benachtheiligung des Nachbars nicht schon an sich enthalte oder doch zur unausbleiblichen Folge habe, sondern blos mit mehr oder weniger Wahrscheinlichkeit sich befürchten lasse, da könne nur c. d. infecti verlangt werden, die Verpflichtung zur Cautionsleistung werde aber abgewandt, wenn man dem gefährdeten Nachbar die Beseitigung der gefahrdrohenden Anstalt anheimgebe. — Einer besondern Widerlegung dieser Theorie bedarf es nicht: die gegen dieselbe sprechenden Gründe ergeben sich aus unserer Darstellung von selbst.

Wir müssen mit Ihering die Unterscheidung der directen und indirecten Eingriffe bezüglich Immissionen festhalten und nur die Begriffe anders bestimmen. Eine directe Immission ist dann vorhanden, wenn die eine Grenzüberschreitung enthaltende Handlung und Anlage in ihrer Wirkung sofort und nothwendig auf dem Nachbargebiet zur Erscheinung kommt, wenn die Handlungen und Anstalten ohne Vermittlung weiterer Ursachen, lediglich weil man so thut und so hat, in das Nachbargebiet eingreifen. Dies kann in zweifacher Weise geschehen. Entweder so, daß das Immittirte daselbst sichtbar einen Raum einnimmt und dauernd

existirt. Dahin gehört das Hinüberragen von mit unserm Grundstück verbundenen Gegenständen, eines Balcons, des paries ventrem faciens, des vom Wind geneigten Baums, der Baumzweige, der Wurzeln u. s. w., ebenso aber auch das Hinüberstürzen der rudera, der crusta — es handelt sich hier um ein habere in alieno und die Klage ist darauf gerichtet, ius illi non esse immissum habere, id ita habere. Oder so, daß zwar das Immittirte nicht dauernd einen Raum des fremden Gebiets occupirt, aber doch eine Substanz unmittelbar hinübergeleitet wird: so wenn Wasser auf das Nachbargrundstück geschüttet wird, welches in den Boden einsickert, wenn durch ein in der Wand angebrachtes Rohr der Rauch unmittelbar hinüberströmt und vom Wind verweht wird — die Klage ist hier gerichtet auf ius illi non esse immittere, id ita facere. Eine indirecte Immission hingegen liegt dann vor, wenn nicht die Handlung und Anlage als solche in das Nachbargebiet hinübergreift, auch nicht die nächste Folge der Handlung und Anlage einen solchen Uebergriff enthält, sondern die Handlung wie ihre nächste Wirkung an und für sich nur innerhalb der Grenzen des eignen Gebiets auftritt und lediglich durch die Vermittlung anderer Ursachen eine Grenzüberschreitung erfolgt. Diese andern Ursachen brauchen nicht nothwendig vorhanden zu sein, der Eingriff ist nur möglich. Wenn ich eine Düngergrube, einen Wasserbehälter, eine Senkgrube, einen Hochofen auf meinem Grundstück anlege, so hängt es von der Beschaffenheit der Anlage, des Bodens, der Richtung des Windes ab, ob von da Feuchtigkeit, Gase, Rauch, Feuerfunken in das Nachbargebiet dringen. In den Fällen der directen Immission bedarf es solcher vermit-

telnden und mitwirkenden Ursachen nicht, die Handlung und Anlage als solche bewirkt die Grenzüberschreitung [89]).

Daß directe und indirecte Immissionen rechtlich verschieden behandelt werden, liegt nicht im Begriff des Eigenthums. Der Uebergriff in ein fremdes Gebiet begründet an sich stets die actio negatoria, Niemand braucht derartige Eingriffe zu dulden. In Bezug auf directe Immissionen ist, mit wenigen Ausnahmefällen, dieser Gesichtspunct im römischen Recht streng durchgeführt. Hier kommt die nackte Eigenthumsconsequenz zur Geltung und es begründet keinen Unterschied, ob der, in dessen Gebiet so eingegriffen wird, irgend ein Interesse an der Unterlassung der Handlung, an der Beseitigung der Anlage hat oder nicht: die Schädlichkeit oder Lästigkeit des Eingriffs bildet nicht die Voraussetzung für die Abwehr desselben [90]). In diesen Fällen der directen Immission ist die actio negatoria nicht nothwendig bedingt dadurch, daß die Grenzüberschreitung bereits wirklich erfolgt ist. Wenn es sich um Vornahme einer mit einer Immission endenden Handlung oder um Errichtung solcher Anlagen handelt, so kann bereits vor wirklich erfolgtem Eingriff, schon wenn die Anfänge eines zu solchem Resultat nothwendig führenden Verhaltens vorliegen, zur

89) Freilich ist auch hier bisweilen der Eingriff ein blos möglicher: die in der Wand zum Zweck des Ablaufenlassens des Wassers, des Ausströmenlassens des Dampfs angebrachte Oeffnung bewirkt eine Immission nur, wenn das Wasser abläuft, der Dampf ausströmt; aber die Vorrichtung ist doch so, daß wenn sie ihrem Zweck entsprechend benutzt wird, der Eingriff zweifellos und eben lediglich infolge dieser Vorrichtung stattfindet.

90) Jhering a. a. O. S. 108—110.

Abwehr die actio negatoria erhoben werden: die Dachrinne braucht noch nicht das Regenwasser, das Rohr noch nicht die Wasserdämpfe immittirt zu haben, der angefangene Balcon noch nicht in meinen Luftraum hereinzuragen. Die Immission ist hier nicht blos möglich, sondern gewiß. Es genügt, wenn die Handlung, die Anlage der Art ist, daß sie, wenn zugelassen, nothwendig eine Immission herbeiführt. Das wird aber in den meisten dieser Fälle nicht zweifelhaft sein. Das Anlegen einer Dachrinne, eines Rohrs, eines Balcons zeigt schon in den Anfängen mit Sicherheit die künftige Immission, die Vornahme derartiger Handlungen giebt in concludenter Weise die Absicht des Eingreifens und die Prätension des Handelnden, daß er das dürfe, zu erkennen und in solchen Fällen ist die Klage auf Hinderung, auf Nichtdürfen schon vor erfolgter Grenzüberschreitung begründet. Zwar giebt es auch hier Fälle, wo die Immission nur möglich, nicht sicher ist: es kann Jemand ein Loch in seiner Mauer machen, ohne die Absicht zu haben, daraus Wasser abfließen oder Dampf und Rauch ausströmen zu lassen, die Nachbarmauer kann sich möglicherweise in meinen Luftraum hinüberneigen, die Trümmer des einstürzenden Hauses, die Steinsplitter aus dem Steinbruch können möglicherweise auf mein Grundstück fallen; hier ist eine Klage erst begründet, wenn wirklich eine Immission vorliegt. Aber in den weitaus überwiegenden Fällen der directen Immission ist die actio negatoria schon vor erfolgtem Eingriff zulässig. Da, wo auf Unterlassung oder Beseitigung der einen Eingriff in sichere Aussicht stellenden Handlung oder Anlage geklagt werden kann, ist für die cautio damni infecti kein Platz: wer den Eintritt des drohen-

den Schadens durch Klage verhüten kann, der hat kein Recht das Versprechen des Ersatzes für den Fall zu verlangen, daß infolge seiner Duldung der Schaden eintritt; nur eine Conventionalcaution kann hier in Frage kommen, in deren Abschluß dann aber ein Gestatten der an sich zu hindernden Handlung oder Anlage soweit als dadurch nicht eine wirkliche Beschädigung des Grundstücks herbeigeführt wird, also ein Verzicht auf die actio negatoria liegt[91]). Da hingegen, wo erst nach erfolgter Immission die Klage auf Unterlassung oder Beseitigung zulässig ist, kann, so lange die Immission noch nicht vorliegt, wegen des aus der befürchteten Immission drohenden Schadens die cautio damni infecti gefordert werden, ohne daß durch ihre Leistung die erst durch die wirkliche Immission begründete Klage auf Unterlassung und Beseitigung ausgeschlossen wäre, denn die actio negatoria und die Klage aus der Caution sind auf Verschiedenes gerichtet, jene gegen die Immission, nicht auf Ersatz des durch dieselbe zugefügten Schadens[92]), diese hingegen gerade auf Ersatz dieses Schadens. Die cautio damni infecti ist also Vorläuferin, die Klage daraus Ergänzung der actio negatoria. Bisweilen wird der Schaden eben nur in der Existenz des Eingriffs, in dem immissum habere bestehen, so beim Balcon, bei der Mauerausbauchung; in andern Fällen hat die Immission noch besondere schädliche Folgen, so wenn aus dem Ausgußloch das Wasser, aus dem Steinbruch die Steinsplitter immittirt werden und dem Grundstück sowie den darauf befindlichen Gegenständen schaden:

91) Vgl. unten Ziff. 18. Anm. 10.
92) Vgl. Ziff. 18.

nur hier hat natürlich die c. d. infecti practische Bedeutung.

Was bei der directen Immission die Ausnahme bildet, die bloße Möglichkeit der Grenzüberschreitung, das ist bei der indirecten Immission die Regel. Der Eingriff ist hier nicht nothwendig, sondern nur möglich, denn er wird vermittelt durch andere Ursachen, die nicht nothwendig vorhanden zu sein brauchen. Hier kann immer erst nach erfolgter Immission die actio negatoria angestellt werden. Wegen der bloßen Möglichkeit, daß von einer auf meinem Grundstück angelegten Düngergrube oder von einem Wasserbehälter Gase und Feuchtigkeit, von einem Fabrikschornstein Rauch und Feuerfunken in die Eigenthumssphäre des Nachbars hinüberdringen, kann dieser auf Grund seines Eigenthums einen Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung nicht erheben. Wohl aber ist er an sich berechtigt, wegen dieser Möglichkeit c. d. infecti zu fordern für den Fall, daß durch die Verwirklichung des befürchteten Eingriffs seinem Grundstück ein Schaden zugefügt wird. Daneben bleibt, wie in den gleichgearteten Fällen der directen Immission und aus demselben Grund, die actio negatoria, wenn durch die wirklich erfolgte Immission das Eigenthumsgebiet verletzt ist.

Während aber in den Fällen der directen Immission die starre, nackte Eigenthumsconsequenz zur Geltung kommt und solche Eingriffe ohne alle weitere Voraussetzung zurückgewiesen werden können, gleichviel ob sie dem Eigenthümer schädlich oder lästig sind oder nicht, ist das bei der indirecten Immission anders. Auch wenn die Möglichkeit sich verwirklicht hat und eine Immission vorliegt, ist doch nicht immer die actio negato-

ria begründet. Schon oben wurde bemerkt, daß ein solcher Unterschied im Begriff des Eigenthums nicht liegt, daß nach diesem das Verhinderungsrecht nicht weniger gegen indirecte als gegen directe Immissionen gerichtet ist. Aber die rücksichtslose Geltendmachung des Eigenthumsbegriffs, die bei einer directen Immission ganz gerechtfertigt ist, würde hier eine practische Unmöglichkeit enthalten. Handlungen und Anlagen so einzurichten, daß sie nicht direct in das Nachbargebiet hinübergreifen, kann von Jedem verlangt werden; daß aber Jemand für alle Folgen einer Handlung, die nicht von ihr allein abhängig sind, sondern zugleich durch außer ihr liegende Umstände bestimmt werden, einstehen, daß er sich alles dessen enthalten soll, was in seinen Folgen durch Vermittlung anderer Ursachen in ein fremdes Gebiet eingreift, einen Rechtssatz dieses Inhalts aufstellen würde nichts anderes heißen als die Herrschaft mehrerer Grundeigenthümer neben einander unmöglich machen. „So ist also unter den Grundstücken von der Natur selber ein gewisses Verhältniß der gegenseitigen Aushilfe in der Duldung vorgeschrieben, welches das Princip der factischen und rechtlichen Isolirung zur Unmöglichkeit macht“ [93]). Ein Zweifel an der Richtigkeit des Princips selbst, daß der Eigenthümer des einen Grundstücks solche von dem Nachbargrundstück ausgehende indirecte Immissionen in gewissem Umfang dulden muß, besteht nicht, der Streit dreht sich nur um die Frage, wo die Grenze des dem Einen Erlaubten, des von dem Andern zu Duldenden ist. Es mag hier gleich vorweg bemerkt werden, daß in den Fällen, wo ein solcher indirecter Eingriff ertragen werden

93) Jhering a. a. O. S. 96.

muß und nicht mit der actio negatoria gehindert werden kann, natürlich auch von einem Anspruch auf Leistung der c. d. infecti keine Rede ist, denn sonst würde ja auf einem Umweg das erst ausgeschlossene Recht den Eingriff zu hindern wieder eingeführt: wenn aus Rücksicht auf das nachbarliche Verhältniß solche Eingriffe zu dulden sind, so müssen sie eben unbedingt und voraussetzungslos, nicht gegen das Versprechen des Ersatzes für einen dadurch etwa herbeigeführten Schaden geduldet werden[94]).

Wo also ist hier die Grenze des Erlaubten, welche durch ein *facere in nostro* herbeigeführten indirecten Immissionen muß der Nachbar ertragen? Die Quellen beschäftigen sich mit unserer Frage nicht eingehend, wir müssen suchen, aus dem dürftigen Material und den darin enthaltenen Anhaltspunkten das allgemeingiltige Princip zu entwickeln.

Die Hauptstelle ist die l. 8. §. 5—7. si serv. vind. 8. 5.:

Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit [Mommsen: nisi ei rei serviunt: nam]. idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non

94) Dies übersieht Bekker Jahrb. des gem. Rechts V. S. 186. in f. S. 187. i. Anf. Vgl. unten Anm. 98.

esse id ita facere. Alfenum denique scribere ait posse ita agi ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant. dicit igitur Aristo eum, qui tabernam casiariam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere —: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere: quod et ipsum videtur Aristo probare. sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti. §. 6. Apud Pomponium dubitatur —, an quis possit ita agere licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere aut non licere. et ait magis non posse agi, sicut agi non potest ius esse in suo ignem facere aut sedere aut lavare. §. 7. Idem in diversum probat: nam et in balineis, inquit, vaporibus cum Quintilla cuniculum pergentem in Ursi Juli instruxisset, placuit potuisse tales servitutes imponi.

Das Responsum des Aristo geht von dem Fall aus, daß aus einer taberna casiaria, in welcher Käse geräuchert wird, der Rauch in das höher gelegene ein Gebäude tragende Grundstück immittirt wird. Dies ist, eben weil es eine Immission, ein Uebergriff in das fremde Eigenthumsgebiet ist, ebensowenig gestattet wie die Immission von Wasser oder etwas anderm, z. B. von Steinsplittern aus einem Steinbruch, denn wenn es sich dabei auch um ein facere in suo handelt, so ist doch

ein solches nur soweit gestattet als dadurch nicht eine Grenzüberschreitung, eine immissio in alienum herbeigeführt wird. Wegen eines solchen immittere kann man mit der actio negatoria klagen ius illi non esse immittere, id ita facere, wie man auch wegen der darin liegenden Besitzstörung das interdictum uti possidetis hat. Nur eine Servitut berechtigt zu solchem immittere: dann kann umgekehrt dieses Recht mit der actio confessoria (ius esse fumum immittere) geltend gemacht werden. Das Immittirendürfen von Rauch ex taberna casiaria ist also nicht Ausfluß des Eigenthums, vielmehr kann es der Nachbar auf Grund seines Eigenthums hindern und nur durch ein Servitut wird dieses Prohibitionsrecht ausgeschlossen. An sich nach dem strengen Eigenthumsbegriff müßte das bei jeder andern Immission auch gelten, wie es denn für die immissio aquae und das lapides caedere ausdrücklich anerkannt wird, also auch wenn Rauch nicht ex taberna casiaria, sondern ex foco in das Nachbargebiet hinüberdringt. Sollte aber wirklich wegen jeder geringfügigen Immission, wie sie das gewöhnliche alltägliche Leben nothwendig mit sich bringt, die actio negatoria begründet sein? Mit dieser Frage beschäftigt sich Ulpian unter Anführung der Meinung des Pomponius in den beiden folgenden Paragraphen. Kann geklagt werden: licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere aut non licere? Da die Frage nur insofern eine Bedeutung hat, als durch das fumum in suo facere eine immissio fumi in alienum herbeigeführt wird, so entspricht dies dem agere ius esse oder non esse fumum immittere in §. 5.: es handelt sich also um die actio confessoria und negatoria. Kann der Eigenthümer auf Grund ei-

ner Servitut mit der actio confessoria auf licere fumum non gravem immittere klagen? Nein, diese Befugniß ist nicht Inhalt einer besondern Servitut, ebensowenig wie das Recht in suo ignem facere aut lavare aut sedere, sondern es ist das mit dem Eigenthum von selbst verbunden, indem der Nachbar infolge gesetzlicher Bestimmung derartige Eingriffe dulden muß. Damit ist natürlich zugleich die Frage beantwortet, ob der Nachbar wegen solcher Immission die actio negatoria auf non licere fumum non gravem immittere hat: die Existenz einer besondern Servitut könnte er bestreiten, das aber, was infolge der gesetzlichen Beschränkung als Ausfluß des Eigenthums erscheint, nicht. In diversum probat: im umgekehrten Fall, wenn es sich nämlich nicht um fumus non gravis ex foco handelt, liegt die Sache anders. Hier ist eine actio confessoria auf licere fumum gravem immittere und eine actio negatoria auf non licere begründet, denn dies braucht der Nachbar nicht infolge gesetzlicher Eigenthumsbeschränkung zu dulden, sondern nur infolge einer Servitut: eine Servitut dieses Inhalts ist aber deshalb möglich, weil ein solches Immittirendürfen nicht schon als Ausfluß des Eigenthums erscheint, denn auch als Quintilla Röhren zur Ableitung der Dämpfe aus einem Bad in das Grundstück des Ursus Julius angelegt hatte, wurde anerkannt, daß eine solche Servitut zulässig sei. — Mithin erleidet der aus dem Begriff des Eigenthums fließende Satz, daß in alienum nichts immittirt werden darf, insofern eine Einschränkung, als der Nachbar das Eindringen von mäßigem Rauch, wie er auf dem Heerd infolge der gewöhnlichen ordnungsmäßigen Benutzung des Nachbargrundstücks erzeugt wird, dulden

muß. Diese Beschränkung geht aber nicht soweit, daß er sich die Eingriffe gefallen zu lassen hätte, welche durch die mit übermäßiger Raucherzeugung verbundene Betreibung eines besondern Gewerbes verursacht werden. Die Consequenz des Eigenthumsbegriffs macht sich wieder geltend, sobald eine Immission vorliegt, welche die Grenze des zu Duldenden überschreitet: es ist nicht der in suo handelnde kraft gesetzlicher Eigenthumsbeschränkung verhindert, übermäßigen Rauch in das Nachbargebiet zu immittiren, sondern der Nachbar muß infolge gesetzlicher Eigenthumsbeschränkung mäßigen Rauch dulden.

L. 19. pr. de S. P. U. 8. 2. Fistulam iunctam parieti communi, quae aut ex castello aut ex caelo aquam capit, non iure haberi Proculus ait: sed non posse prohiberi vicinum, quominus balineum habeat secundum parietem communem, quamvis umorem capiat paries: non magis quam si vel in triclinio suo vel in cubiculo aquam effunderet. sed Neratius ait, si talis sit usus tepidarii, ut adsiduum umorem habeat et id noceat vicino, posse prohiberi eum.

Die Stelle enthält den Gegensatz einer directen und indirecten Immission. Das Einfügen einer Wasserleitungsröhre in die gemeinsame Mauer ist als directe Immission eines festen Körpers wie das tignum immittere absolut widerrechtlich[95]). Die Existenz eines Badezimmers neben der gemeinschaftlichen Mauer ist natürlich an sich erlaubt[96]), es fragt sich aber, ob der

95) Vgl. auch l. 13. pr. cod.
96) Vgl. auch l. 27. §. 10. ad leg. Aquil. 9. 2.

Nachbar die durch die Benutzung des Badezimmers verursachte indirecte Immission, das allmähliche Eindringen der Feuchtigkeit in die Mauer dulden muß. Proculus leugnet das Verhinderungsrecht, selbst wenn die Mauer feucht werde, er könne das ebensowenig hindern, wie wenn der Gegner Wasser in seinem Zimmer ausgieße[97]). Offenbar ist das nicht ganz genau. Daher wird die correctere Ansicht des Neratius zugefügt: wenn der Gebrauch des Badezimmers ein derartiger ist, daß die Mauer fortwährend feucht ist und dadurch dem Nachbar ein Schaden zugefügt wird, so kann dieser den Gegner an solcher Einwirkung hindern. Mithin braucht der Nachbar nur solche indirecte Immissionen zu dulden, wie sie sich aus der gewöhnlichen Benutzung eines Badezimmers fast unvermeidlich ergeben; das was das Maß der gewöhnlichen Benutzung übersteigt und zugleich schadet, berechtigt wieder zur Abwehr.

L. 17. §. 2. si serv. vind. 8. 5. Secundum cuius parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat, consulebatur [consulebat], quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleret. respondi, si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato, de servitute agere oportere — —

Das Eindringen von Feuchtigkeit aus einer Dünger-

97) In l. 13. si serv. vind. 8. 5. giebt Proculus für den Fall, wenn die fistulae, quibus aquam duco, ruptae inundant parietem tuum, die actio negatoria (ius mihi non esse flumina ex meo in tuum parietem fluere).

grube in meine Mauer brauche ich nicht zu dulden, ich habe die actio negatoria auf Beseitigung der Anlage[98]).

Endlich l. 2. §. 29. ne quid in loco publ. 43. 8. Idem ait, si odore solo locus pestilentiosius fiat, non esse ab re de re ea interdicto uti.

Es handelt sich hier um das prohibitorische Interdict wegen Beeinträchtigung des usus publicus an öffentlichen Wegen. In via publica itinere publico facere immittere quid, quo ea via idve iter deterius sit fiat, veto (l. 2. §. 20. eod.). Ein das Interdict begründendes deterius fieri wird also auch in der Erzeugung von Gestank gefunden. Ein durch eine Handlung oder Anlage in suo erzeugter und auf das Nachbargebiet hinüberdringender Gestank von einer solchen Beschaffenheit, daß er den Ort verpestet, braucht nicht geduldet zu werden. Es ist durchaus unbegründet, wenn

98) Die Ansicht von Bekker Jahrb. des gem. Rechts V. S. 186., daß das de servitute agere oportere nicht von der negatoria, sondern confessoria actio zu verstehen sei und die Beseitigung des sterculinum nur dann gefordert werden könne, wenn der dadurch Beeinträchtigte ein ius prohibendi erworben habe, wird durch die dafür angeführten Gründe nicht bewiesen. Wegen des Hauptgrunds — daß eventuell auf die subsidiäre c. d. infecti verwiesen werde — siehe unten Ziff. 18. Wenn Bekker die actio negatoria hier deßhalb für ausgeschlossen erklärt, weil das Eindringen der Feuchtigkeit zwar in seinen Folgen schädlich, quantitativ erfaßt aber zu unbedeutend sei, so übersieht er, was oben bei Anm. 94. hervorgehoben wurde, daß dann auch die c. d. infecti nicht gefordert werden könnte.

Manche[99]) diesen Satz auf den locus publicus beschränken wollen mit der Behauptung, daß das Privateigenthum in einem solchen Fall lediglich auf den Schutz durch die Polizei angewiesen sei[100]). Der Gesichtspunct, aus dem das Interdict als begründet erscheint, ist lediglich der der Immission[1]), denn das Interdict hat zu seiner Voraussetzung ein facere in publico oder ein immittere in publicum und von einem facere in publico ist hier nicht die Rede. Der Gesichtspunct der Immission ist aber auch für die actio negatoria entscheidend: nicht daß es etwas Schädliches oder Lästiges ist, was immittirt wird, sondern der Eingriff als solcher begründet die Klage und nur soweit als etwas geduldet werden muß, ist sie ausgeschlossen. Ob die Immission in locum publicum oder privatum erfolgt, ist für diesen Begriff selbst natürlich ganz gleichgiltig, wird also in jenem Fall das Eindringen von Gestank als Immission bezeichnet, so muß es auch in diesem Immission sein und es kann sich nur um die Frage handeln, wieweit der Eigenthümer eines Privatgrundstücks infolge gesetzlicher Eigenthumsbeschränkung dies zu dulden hat. Weshalb aber der Eigenthümer die Immission eines sein Grundstück verpestenden Gestanks sich mehr gefallen lassen soll als quilibet ex populo, der dadurch am usus pu-

99) Z. B. Spangenberg im Archiv für civil. Prax. IX. S. 271. Hesse in Jahrb. f. Dogm. VI. S. 388.

100) Vgl. dagegen auch Ihering Jahrb. f. Dogm. VI. S. 102.

1) Vgl. auch Windscheid II. §. 460. Anm. 4. (2. Aufl.). — Es handelt sich dabei um die Immission von Gasen und auch Gase sind Substanzen. Vgl. Seuffert Arch. III. 7. XV. 2.

blicus behindert ist, dafür ist ein einigermaßen vernünftiger Grund nicht zu finden. Die Berufung Hesses auf den Satz ‚qui iure suo utitur nemini facit iniuriam' und ‚multum interesse, utrum damnum quis faciet an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur' zeigt am deutlichsten, wie sehr es an einem Grund fehlt: bei einer Immission handelt es sich eben nicht um ein iure suo uti und um ein lucro uti prohiberi. Somit ist eine Beschränkung des Eigenthümers, die Immission von Gestank von solcher Beschaffenheit zu dulden, nicht begründet, es steht ihm also in diesem Fall die actio negatoria zu[2]).

Dies sind die Stellen, in denen von indirecter Immission die Rede ist. In Bezug auf das aus diesen dürftigen Quellenentscheidungen zu abstrahirende Princip herrscht bekanntlich nichts weniger als Uebereinstimmung.

Hesse unterscheidet, wie wie bereits gesehen haben, das Hinüberragen von mit unserem Grundstück verbundenen Gegenständen und das Eindringen von beweglichen und losen Körpern. Jene Immission sei absolut widerrechtlich, diese nur dann, wenn das Eindringen die Folge einer Handlung oder Anlage sei, wodurch diese Körper nothwendig und ohne Vermittlung anderer Factoren eindringen, so daß dies vorausgesehen werden konnte; sei dies hingegen eine nicht nothwendige Folge, wie z. B. das Eindringen von Funken und Kohlendampf und andern schädlichen Substanzen aus Locomotiven, Fabrik-

2) Auch die Immission von Rauch ex taberna casiaria fällt zum Theil unter den Gesichtspunct der Immission von Gestank.

ſchornſteinen u. dgl., das Eindringen von Gas in den Nachbarbrunnen aus den Senkgruben und Bodenbehältern einer Gasfabrik, wenn dieſe nicht unmittelbar an der Grenze angelegt ſind, u. dgl., ſo könne deßhalb nicht mit actio negatoria geklagt, ſondern nur der Anſpruch auf cautio damni infecti erhoben werden. Dieſe Anſicht wird widerlegt durch das, was in l. 8. §. 5—7. si serv. vind. in Bezug auf die immissio fumi geſagt iſt: wegen der immissio fumi ex taberna casiaria iſt die actio negatoria begründet, wegen der immissio fumi non gravis puta ex foco iſt ſie ausgeſchloſſen, obgleich in beiden Fällen die Frage, ob das Eindringen des Rauchs die nothwendige, unmittelbare und vorauszuſehende Folge der Raucherzeugung war, offenbar ganz gleich zu beantworten iſt. Auch iſt ein innerer Grund nicht erſichtlich, weßhalb das Eindringen von Feuchtigkeit aus einer Düngergrube je nach der geringeren oder größeren Entfernung der Anlage von der Grenze bald zur actio negatoria berechtigen ſollte, bald nicht.

Aehnliche Bedenken erheben ſich gegen die in dem Urtheil des OAG. zu Roſtock bei Buchka und Budde Entſcheidungen IV. S. 108 ff. aufgeſtellte Anſicht. Der Nachbar ſoll diejenige Einwirkung dulden müſſen, welche nicht natürliche und nothwendige Folge des facere in suo iſt, auch dann, wenn dieſelbe durch außergewöhnliche Einrichtungen z. B. gewerbliche Anlagen herbeigeführt werde. Danach erſcheinen nur die nothwendigen Folgen des facere in suo als widerrechtlich, alles Andere muß geduldet werden ohne Rückſicht auf die Art und die Wirkung des Eingriffs. Aber was iſt nothwendig? Iſt es das Eindringen der Feuchtigkeit aus der Düngergrube? Da l. 17. §. 2. D. 8. 5. hier die actio ne-

gatoria giebt, so muß das bejaht werden. Ist das Naßwerden der Wand eines Badezimmers nothwendig? Zweifelsohne, aber l. 19. pr. D. 8. 2. giebt wegen dieser nothwendigen Folge nicht unbedingt die actio negatoria. Und das Eindringen von Rauch ex taberna casiaria, dessen Immission widerrechtlich ist, ist nicht mehr und nicht weniger nothwendig als die Immission von fumus non gravis ex foco, die der Nachbar dulden muß.

Während nach den bisher betrachteten Ansichten alles Gewicht auf das Verhältniß des Eingriffs zu der ihn hervorrufenden Handlung und Anlage gelegt wird, stellt Ihering Alles auf die Wirkung des Eingriffs. Nach ihm sind nur diejenigen mittelbaren Eingriffe nicht zu dulden, welche der Sache oder Person schaden oder die Person in einer das gewöhnliche Maß des Erträglichen überschreitenden Weise belästigen. Also erlaubt sind Eingriffe, die nicht schaden und nicht in ungewöhnlicher unerträglicher Weise belästigen. Gewiß ist diese Ansicht richtiger und den Quellen entsprechender als die beiden andern. Aber doch kommt nicht blos die Wirkung, sondern auch die Art des Eingriffs in Betracht. Die Immission des fumus non gravis ex foco muß ertragen werden, auch wenn sie schadet: wenn der Rauch von einem Feuer, welches der häuslichen Bedürfnisse wegen, zum Zweck des Kochens, Heizens u. s. w. angezündet ist, durch die Oeffnungen des Daches in den Bodenraum des Nachbars eindringt und die dort aufgehängte Wäsche schwärzt, wenn er durch Luft oder Regen niedergedrückt die im Nachbargarten stehenden Pflanzen, die dort aufgestellten Gegenstände beschädigt, so muß trotz dieses Schadens der mittelbare Eingriff doch gedul-

det werden. Umgekehrt brauchen durch eine außergewöhnliche Benutzung des Nachbargrundstücks hervorgerufene Eingriffe nicht ertragen zu werden, wenn sie nur überhaupt schaden oder belästigen, ohne daß es auf das Maß der Belästigung ankommt: der fumus ex taberna casiaria braucht nicht geduldet zu werden, auch wenn er nicht absolut unerträglich ist.

Gehen wir, um die Grenze zu finden, bis zu welcher indirecte Immissionen erlaubt sind, von zwei Fällen aus, hinsichtlich deren Entscheidung ein Zweifel nicht bestehen wird. Mein Nachbar hat eine Fabrik, mit deren Betrieb eine starke Raucherzeugung verbunden ist, er hat aber den Schornstein so hoch aufgeführt, daß die durch die Luftströmung in meinen Luftraum getriebenen Rauchwolken mich in keiner Weise belästigen oder schädigen. Daß der Rauch in meinen Luftraum eindringt, ist eine gewöhnliche Folge der Anlage, die Anlage selbst ist aber eine außergewöhnliche d. h. durch die regelmäßige Benutzung eines Grundstücks nicht gebotene und den Kreis der Bedürfnisse des alltäglichen Lebens, wie sie für jeden Inhaber eines Grundstücks vorhanden sind oder doch sein können, überschreitende. Die durch eine solche außergewöhnliche Anlage herbeigeführte Immission würde an sich gehindert werden können: da es mir jedoch, wenn ich dadurch in meiner Herrschaft nicht beeinträchtigt werde, an jedem Interesse eine solche Immission zu hindern fehlt, so tritt hier die Eigenthumsconsequenz zurück und ich muß aus Rücksicht auf den Nachbar dulden, was mich in keiner Weise beeinträchtigt. Die Duldung des mich nicht Beeinträchtigenden reicht aber da nicht hin, wo es sich nicht um die Folgen außergewöhnlicher Anlagen handelt, sondern um Folgen, die mit der ganz ge-

wöhnlichen Benutzung eines Grundstücks, wie sie die Bedürfnisse des alltäglichen Lebens für einen Jeden mit sich bringen, verbunden sind. Den durch Kochen, Heizen u. s. w. erzeugten Rauch muß ich mir selbst dann gefallen lassen, wenn er mir lästig oder schädlich ist, so gut wie sich mein Nachbar von mir täglich das Gleiche gefallen lassen muß. Daß mein Nachbar seine Fabrik in einer Weise anlegt, wobei ich durch die mit ihrem Betrieb unvermeidlich verbundene Immission von Rauch nicht belästigt werde, kann ich wohl verlangen; zu fordern, daß mich der durch Kochen oder Heizen entstehende Rauch nicht belästigt, würde nichts anderes heißen als dem Nachbar die Benutzung seines Grundstücks in der gewöhnlichsten Weise unmöglich machen: das allgemein Nothwendige und Unentbehrliche muß gestattet sein selbst auf Kosten des Nachbars, Jedem kommt ja diese Beschränkung in gleicher Weise zu gute, was er auf der einen Seite verliert, gewinnt er auf der anderen. Damit ergiebt sich aber zugleich das Maß der statthaften Einwirkung. Die gewöhnliche Benutzung im Kreis der Bedürfnisse des täglichen Lebens hat immer nur eine mäßige Einwirkung auf das Nachbargrundstück zur Folge; ist die Einwirkung eine übermäßige, so zeigt das die außergewöhnliche Benutzung. Der gewöhnliche Gebrauch des Ofens erzeugt nicht übermäßigen ungebührlichen Rauch, der gewöhnliche Gebrauch des Badezimmers nicht dauernde Feuchtigkeit der Wand; werden aber aus dem Ofen des Nachbarhauses gewaltige Rauchmassen in mein Gebiet herübergeführt, wird meine an das Badezimmer grenzende Mauer nicht trocken, so ist das die Folge einer die Grenzen des gewöhnlichen Bedürfnisses überschreitenden Benutzung, ich brauche das nicht zu dulden. Werde

ich durch die kurze Zeit dauernde Reinigung eines heimlichen Gemachs belästigt oder geschädigt, so kann ich wegen dieser Immission von Gasen und Dünsten nicht klagen, ist die Anlage der Senkgrube der Art, daß dauernd die Luft verpestet wird, so wird Niemand annehmen, daß ich aus Rücksicht auf das nachbarliche Verhältniß das ertragen müsse: jenes ist durch das gewöhnliche Leben geboten, dieses nicht.

Das Außergewöhnliche, welches zur actio negatoria berechtigt, kann also in zweifacher Weise vorkommen: es kann in der Anlage selbst liegen, deren Folgen, obgleich sie nur die gewöhnlichen Folgen der Anlage sind, doch wegen der Außergewöhnlichkeit der Benutzung des Grundstücks durch diese Anlage als außergewöhnliche erscheinen, oder die Anlage und Handlung ist an sich durch das gewöhnliche Bedürfniß geboten, aber im concreten Fall überschreitet die Benutzung das Maß des Gewöhnlichen. Im ersteren Fall ist die actio negatoria begründet ohne Rücksicht auf das Maß der Einwirkung, wenn nur überhaupt ein Interesse an der Unterlassung derselben vorliegt, im letzteren steht die Klage nicht wegen jeder schädlichen oder lästigen Einwirkung zu, sondern nur wenn die Einwirkung eine übermäßige ist, woraus sich eben das Außergewöhnliche der Benutzung ergiebt. Was speciell den in l. 17. §. 2. D. 8. 5. erwähnten Fall des sterculinum ex quo paries madescebat betrifft, so wird man nicht sagen können, daß die Anlegung einer Düngergrube etwas Außergewöhnliches sei, aber es geht entschieden über das Maß der gewöhnlichen und darum gestatteten Benutzung hinaus, wenn sie so angelegt ist, daß die Feuchtigkeit in die Mauer des Nachbarhauses eindringt. Das Haben einer Dün-

gergrube ist nicht ungewöhnlicher als das Haben eines Badezimmers, wie aber der Gebrauch des Badezimmers nur ein solcher sein darf, daß dadurch die Mauer nicht dauernd feucht wird, so muß auch bei der Düngergrube die gleiche Schranke eingehalten werden.

Danach dürfte das Princip, von dem das römische Recht in Bezug auf unsere Frage ausgeht, das sein: indirecte Immissionen müssen geduldet werden, wenn sie entweder gar nicht schädlich oder lästig sind, und dies auch dann, wenn sie die Folgen außergewöhnlicher Anlagen sein sollten, oder wenn sie zwar schädlich oder lästig sind, aber durch die gewöhnliche allgemein nothwendige und unentbehrliche Benutzung des Nachbargrundstücks, durch welche sich zugleich das nothwendige Maß der Einwirkung ergiebt, geboten erscheinen. Die actio negatoria ist also beschränkt auf Fälle, wo infolge außergewöhnlicher Benutzung, liege diese nun in der Art der Anlage oder in dem Maß des Gebrauchs derselben, in schädlicher oder lästiger Weise auf das Eigenthumsgebiet des Andern eingewirkt wird.

Der Ansicht, welche die Beschädigung oder Belästigung des nachbarlichen Grundstücks als Merkmal eines widerrechtlichen Eingriffs aufstellt, wirft Hesse (a. a. O. VI. S. 407 f.) vor, daß sie in doppelter Hinsicht fehle. Einestheils würden dabei diejenigen Eingriffe nicht gefaßt, welche, ohne das Merkmal der Beschädigung an der Stirne zu tragen, doch zu den widerrechtlichen gehörten, z. B. wenn ein Baum, eine Wand sich in das Nachbargebiet hinüberneige; anderntheils würden dadurch alle diejenigen Fälle mit umfaßt, in denen dem Nach-

bar nur die cautio damni infecti, nicht aber ein Klagrecht auf Verhinderung oder Beseitigung des Werks zustehe, z. B. wenn der Eigenthümer hart an der Grenze so tief grabe, daß des Nachbars Mauer ihren Halt verliere. Durch diesen Vorwurf wird, abgesehen davon, daß wir nicht in jeder Beschädigung und Belästigung einen widerrechtlichen Eingriff erblicken, unsere Ansicht nicht getroffen. Im ersten Fall (Hinüberneigen des Baumes) handelt es sich um eine directe Immission, wobei die nackte Eigenthumsconsequenz platzgreift und die Frage nach dem Interesse gar nicht in Betracht kommt. Was aber den zweiten Fall betrifft, so liegt hier, wenn auch eine Beschädigung des Nachbargrundstücks durch facere in suo, doch keine Immission vor, auch keine indirecte, und nur unter Voraussetzung einer Immission haben wir die actio negatoria als zulässig anerkannt. Ist aber eine wirkliche Grenzüberschreitung vorhanden und ist dieselbe nicht eine directe, sondern lediglich durch Vermittlung anderer Ursachen bewirkte, dann ist, obgleich nach der starren Eigenthumsconsequenz auch diese verhindert werden könnte, doch aus Rücksichten der Billigkeit, die solche indirecte Immissionen in gewissem Umfang zu dulden gebietet, die actio negatoria nur dann begründet, wenn der Uebergriff durch außergewöhnliche Benutzung in schädlicher oder lästiger Weise bewirkt wird.

Ist aber wirklich die bloße Lästigkeit eines Eingriffs genügend, um denselben auf Grund des Eigenthums zurückweisen zu können? Hesse (VI. S. 386 ff.) macht dagegen geltend: das Eigenthum sei ein Vermögensrecht, ein Sachenrecht, es könnten daher nur die auf unser Vermögen einen Einfluß übenden, also ein sachliches In-

teresse darbietenden Thatsachen und Zustände in Erwägung gezogen werden; was nur das rein persönliche Befinden berühre, afficire nicht die Sache selbst als Eigenthumsobject und es könne daher das unsern Sinnen unangenehm und lästig Werdende, so lange es nicht einen sachlichen Schaden herbeiführe, in der Regel nicht Gegenstand der Eigenthumsbetrachtungen sein. Es beruht dieses Argument auf derselben Verwechselung, wie das, auf Grund dessen er (S. 408 f.) die Beschädigung der Sache als Voraussetzung der actio negatoria leugnet. Er meint: wenn schon die beschädigende Wirkung, die eine Handlung oder Anlage auf das Nachbareigenthum übt, hinlängliche Voraussetzung für die actio negatoria wäre, wozu dann überhaupt noch die cautio damni infecti propter operis vitium mit ihrer subsidiären Natur? Davon aber, daß die beschädigende Wirkung schon hinlängliche Voraussetzung der actio negatoria sei, ist gar nicht die Rede. Weder die Schädlichkeit noch die Lästigkeit einer Handlung in suo begründet, wie nicht oft genug hervorgehoben werden kann, die actio negatoria, sondern die Voraussetzung, und der wahre Grund der Klage ist die immissio in alienum; nur ist sie trotz der Immission bisweilen ausgeschlossen, nämlich da, wo aus billiger Rücksicht eine solche geduldet werden muß, sei es weil sie gar nicht schädlich oder lästig ist, sei es weil sie zwar schädlich und lästig, aber die Folge der gewöhnlichen Benutzung ist. So weit diese Beschränkung nicht reicht, kommt wieder die Eigenthumsconsequenz zur Geltung: wegen der Immission steht die Klage zu, nicht wegen der Lästigkeit der Immission; die Lästigkeit ist nur negative Voraussetzung insofern, als da, wo Lästiges ausnahmsweise geduldet werden muß, die aus dem for-

mellen Gesichtspunkt der Immission begründete Klage nicht statthaft ist[3]).

17. Daß in den Fällen, wo eine indirecte Immission geduldet werden muß, auch ein Anspruch auf cautio damni infecti nicht zusteht, ist bereits oben[4]) hervorgehoben worden: wegen immissio fumi non gravis ex foco kann Cautionsleistung nicht gefordert werden. In wie weit da, wo es sich um eine unerlaubte die Grenze des aus billiger Rücksicht zu Duldenden überschreitende Immission handelt, also innerhalb des Gebietes der actio negatoria und neben derselben, der Anspruch auf die Caution als statthaft erscheint, wird sich

3) Hesse sieht sich (S. 429 f.) genöthigt, den Satz der l. 8. §. 6. si serv. vind. 8. 5., wonach wegen immissio fumi non gravis ex foco die actio negatoria ausgeschlossen ist, für eine mit den römischen Baueinrichtungen — weil in Ermangelung von Schornsteinen der Rauch am Heerd frei aufgestiegen sei — zusammenhängende und daher heutzutag nicht mehr geltende Ausnahmebestimmung zu erklären! Er geht dabei (ähnlich wie die Entscheidung des OAG. zu Rostock bei Buchka und Budde IV. S. 108 ff.) von der Annahme aus, daß der in dieser Stelle gemachte Gegensatz von inferiora und superiora aedificia für die Entscheidung wesentlich sei. Offenbar paßt aber — wie das Erkenntniß bei Seuffert Arch. III. 7. mit Recht hervorhebt — der von den römischen Juristen in l. 8. §. 5. cit. für das Verbot der Immission aufgestellte Grund (in suo hactenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat) eben so gut bei neben einander gelegenen wie bei einander überragenden Grundstücken.

4) Ziff. 16. bei Anm. 94.

im Folgenden zeigen[5]). Zunächst aber müssen wir das Gebiet betrachten, welches der *cautio damni infecti* ausschließlich angehört, wo wegen Mangels einer Immission, selbst wenn durch die betreffende Handlung oder Anlage auf das Nachbargrundstück nachtheilig eingewirkt wird, die actio negatoria ausgeschlossen ist.

In scharfem Gegensatz zu der formell widerrechtlichen und nur ausnahmsweise aus Billigkeitsrücksichten gestatteten Verletzung fremden Eigenthumsgebiets durch Immission steht der Fall, wo der in suo faciens mit seiner Handlung oder Anlage sich vollständig innerhalb seiner Grenzen hält, weder direct noch indirect eine Substanz in die Eigenthumssphäre des Nachbars hinüberleitet, sondern nur in anderer Weise, ohne Immission, auf das Nachbargebiet einwirkt. Wer ein Haus auf seinem Grundstück errichtet und dadurch dem Nachbarhaus das Licht entzieht, wer auf seinem Grundstück einen Brunnen gräbt und dadurch dem Nachbar die dessen Brunnen speisenden Wasseradern abschneidet, wer nahe an der Grenze so tief gräbt, daß die Spannung des Bodens aufgehoben und dem Nachbarhaus der Halt entzogen wird, so daß es einstürzen muß, wer auf seinem Grundstück ein Gewerbe betreibt, welches mit so heftigen Erschütterungen des Bodens verbunden ist, daß das Nachbarhaus Risse bekommt und in seiner Existenz gefährdet wird, oder wer auf seinem Gebiet so schwere Lasten fährt, daß sie die gleiche nachtheilige Folge herbeiführen — der wirkt durch seine Handlungen und Anlagen in der empfindlichsten Weise auf das Nachbargrundstück ein, aber er immittirt nichts in dasselbe. Da nun einem

5) Vgl. Ziff. 18.

Jeden in suo hactenus facere licet, quatenus in alienum nihil immittat, so ist ein solches Verhalten formell vollkommen erlaubt und der dadurch beeinträchtigte Nachbar kann nicht auf Grund seines Eigenthums eine Klage auf Unterlassung oder Beseitigung erheben. Wie aber der Nachbar einerseits eine an sich unerlaubte Immission in gewissem Umfang aus billiger Rücksicht dulden muß, dem in suo Handelnden also ein wirklicher Uebergriff über die Grenze hinüber unter gewissen Voraussetzungen gestattet ist, so braucht andrerseits der Nachbar solche an sich erlaubte Einwirkungen sich nicht unbedingt gefallen zu lassen: der Handelnde ist in Bezug auf derartiges facere in suo aus billiger Rücksicht auf den Nachbar in gewisser Weise beschränkt. Die Form der Beschränkung ist nicht die, daß er Derartiges nicht thun darf, daß dem Nachbar eine Klage auf Verhinderung, eine actio negatoria gegeben wird — nur auf indirectem Wege wird geholfen: der durch sein Handeln in suo in anderer Weise als durch Immission auf das Nachbargebiet Einwirkende muß unter Umständen auf Verlangen cautio damni infecti leisten. In welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen liegt ihm diese Pflicht ob? Selbstverständlich nicht wegen jeder derartigen Einwirkung: wenn das facere in suo selbst mit indirecter Immission gestattet ist, falls nur die Immission gar nicht schädlich und lästig oder zwar schädlich und lästig, aber durch die gewöhnliche Benutzung geboten ist, so muß nothwendig auch das facere in suo ohne Immission innerhalb dieser Grenzen gestattet sein, ohne daß deshalb Caution gefordert werden kann. Der Satz läßt sich aber nicht umkehren. Man kann nicht so argumentiren: das facere in suo mit Immission ist dann unerlaubt,

wenn infolge einer außergewöhnlichen Benutzung eine lästige oder schädliche Einwirkung herbeigeführt wird, folglich ist auch das facere in suo ohne Immission soweit unstatthaft bezüglich nur gegen Caution statthaft. Denn zwischen beiden Fällen besteht ein diese Folgerung ausschließender Cardinalunterschied: das facere in suo mit Immission ist formell widerrechtlich und das Erlaubtsein des Eingriffs in alienum Ausnahme, hingegen das facere in suo ohne Immission ist formell erlaubt und die Beschränkung durch die Cautionspflicht ist Ausnahme. Jenes muß also nothwendig beschränkter sein als dieses: das Recht auf Caution wegen einer Einwirkung ohne Immission muß stärkere Voraussetzungen haben als das Recht eine Immission mittelst actio negatoria abzuwehren.

Wann also kann die Caution gefordert werden? Sicherlich nicht wegen bloßer Lästigkeit der Einwirkung, selbst wenn das die Folge einer ganz außergewöhnlichen Benutzung wäre. Wer durch Erregung von Lärm, durch anhaltende musikalische Uebungen, durch Anlegung einer Kegelbahn, eines Schießplatzes mich belästigt, ist nicht verpflichtet mir Caution zu leisten: derartige lästige Einwirkungen ohne Immission müssen ertragen werden[6]).

6) Daß die Erregung von Lärm nicht unter den Gesichtspunct der Immission zu subsumiren ist, sollte nicht bestritten werden: es wird dabei keine Substanz über die Grenze hinübergeführt. Die Auffassung, als ob hier Schallwellen immittirt würden, ist gekünstelt, dann könnte man auch von Immission von Schatten und blendendem Licht sprechen, es würde nichts die Sinne Berührendes geben, was man nicht als Immission bezeichnen könnte. Daß die l. un. fi. C. de stud. libe-

Es liegt schon im Begriff der cautio *damni* infecti, daß durch die Einwirkung ein wirklicher Schaden zugefügt werden muß. Zum Begriff des Schadens gehört aber vor Allem, daß ein Recht verletzt, nicht ein blos factisch genossener Vortheil entzogen wird. Daher ist in den beiden ersten der oben angeführten Fälle einer Einwirkung ohne Immission — Entziehen von Licht und Wasser — der Anspruch auf Cautionsleistung nicht begründet [7]).

ral. 11. 18. von einem Verbot der Betreibung lärmender Gewerbe in der Nähe von Hörsälen nichts enthält, ist jetzt anerkannt. Vgl. Spangenberg im Arch. f. civil. Prax. IX. S. 272. Jhering a. a. O. S. 126. A. 34.

7) L. 24. §. ult. l. 26. h. t. Vgl. oben Ziff. 4. bei Anm. 35. — Dies ist offenbar auch der Grund für die Entscheidung in l. 3. §. 2. de a. pl. a. 39. 3., nur daß hier von einer Immission die Rede ist: si vicinus, qui arvum solebat certo tempore anni rigare, pratum illic fecerit coeperitque adsidua irrigatione vicino nocere, ait Ofilius neque damni infecti neque aquae pluviae arcendae actione eum teneri, nisi locum complanavit eoque facto citatior aqua ad vicinum pervenire coepit. Mein Nachbar hat bisher infolge einer besonderen Vorrichtung nur zu bestimmten Zeiten sein Grundstück bewässert, so daß er für die übrige Zeit den Ablauf des Regenwassers aufgehalten hat, dann macht er aus dem Grundstück eine Wiese und beseitigt jene Vorrichtung, die bisher das Wasser blos zu bestimmten Zeiten überfließen ließ, stellt also den natürlichen Lauf des Regenwassers wieder her: hier habe ich einen Anspruch auf c. d. infecti so wenig wie auf actio aquae pluviae arcendae,

Selbst wenn aber durch die Einwirkung eine deminutio patrimonii herbeigeführt wird, so ist doch die c. d. infecti nicht ohne Weiteres anwendbar. Wenn auf dem Nachbargrundstück ein geräuschvolles Gewerbe betrieben wird, welches bewirkt, daß meine Miether ausziehen, meine Gastwirthschaft von Gästen gemieden wird, so ist der Lärm nicht blos lästig für mich, sondern ich erleide dadurch einen Vermögensschaden, aber ich kann mir durch Vermittelung der Caution den Ersatz desselben nicht sichern. Nur dann ist der Anspruch auf Caution begründet, wenn durch die Handlung oder Anlage auf die Substanz meines Grundstücks eingewirkt, das Grundstück selbst beschädigt wird; ist das der Fall, dann kann auch für den durch Vermittelung der Beschädigung des Grundstücks weiter herbeigeführten Schaden z. B. wegen Ausziehens der Miether Ersatz verlangt werden. Der hierauf bezügliche in den Quellen erwähnte Fall ist der des tam alte fodire, ut paries tuus stare non possit (l. 24 §. ult. h. t.). Daß man auf dem Seinigen nicht Handlungen vornimmt, deren Folgen die Integrität des Nachbargrundstücks afficiren, oder daß man, wenn man sich trotz der Befürchtungen des dadurch Bedrohten von ihrer Vornahme nicht abhalten lassen will, den Bedrohten wegen des etwa eintretenden Nachtheils sicherstellt, das ist unzweifelhaft eine Forderung der Billigkeit. In allen anderen Fällen, wo die Einwirkung nicht in einer Verletzung und Beschädigung des Grundstücks selbst bezüglich in einem durch die Vermittlung der Verletzung des Grundstücks herbeigeführten

weil das bisherige Nichtherüberfließen des Wassers nur ein factisch genossener Vortheil war.

Schaden besteht, ist der Anspruch auf c. d. infecti nicht begründet.

18. Wenn wir nach dem Resultat der bisherigen Ausführungen die Grenze zwischen dem Gebiet der actio negatoria und dem der c. d. infecti ziehen, so ergiebt sich, daß jenem die Immissionen, diesem die Einwirkungen ohne Immission angehören. Diese Gebietsvertheilung ist nach der einen Richtung absolut zutreffend, nach der andern nicht. Das Gebiet der actio negatoria nämlich ist in der That in der angegebenen Weise beschränkt. Bei einer Einwirkung, die nicht unter den Begriff der Immission fällt, ist diese Klage unanwendbar: hier ist man ausschließlich auf die c. d. infecti angewiesen. Hingegen das Gebiet der *c. d. infecti* ist weiter. Sie greift über das im Gegensatz zur actio negatoria ihr ausschließlich angehörige Gebiet hinaus und in das jener Klage hinüber: sie kommt auch vor bei Immissionen, also in Fällen, wo die actio negatoria begründet ist, aber nicht statt derselben, sondern neben ihr.

Wir haben früher gesehen, daß häufig, namentlich wo es sich um eine indirecte Immission handelt, die actio negatoria vor wirklich erfolgter Immission nicht angestellt werden kann: die bloße vielleicht ganz entfernte Möglichkeit, daß der Nachbar durch die Folgen seiner Handlung oder Anlage die Grenzen seines Eigenthums überschreitet, genügt nicht, um die Klage auf Unterlassung oder Beseitigung zu erzeugen. Wenn nun später infolge solchen Thuns oder Habens doch eine Immission stattfindet und Schaden auf dem Nachbargrundstück stiftet, so gewährt dem Verletzten die nunmehr allerdings

begründete actio negatoria nicht hinreichenden Schutz: sie geht nur auf Abwehr der Immission, nicht auf Ersatz des bereits zugefügten Schadens. Es wäre offenbar unbillig, wenn derjenige, der Schaden durch eine Immission fürchtet und einerseits nicht vor wirklicher Immission klagen kann, andrerseits, wenn durch die Immission die Klage begründet ist, mit dieser Klage nicht Ersatz des Schadens erlangt, hilflos wäre. Hier steht ihm die cautio damni infecti zur Seite. Wegen des durch eine befürchtete Immission drohenden Schadens kann er den Anspruch auf Cautionsleistung erheben, sie ist Vorläuferin und Ergänzung der nur durch die wirkliche Immission begründeten und nur auf Beseitigung der Immission gerichteten actio negatoria, welche natürlich hier, anders als in dem oben Ziff. 16 bei Anm. 91. erwähnten Fall einer Conventionalcaution, durch Forderung und Leistung der Caution nicht ausgeschlossen wird. Daraus und nur daraus erklärt sich das Vorkommen der subsidiären cautio damni infecti in Fällen, wo unzweifelhaft auch die actio negatoria zusteht.

Ist es aber wahr, daß die actio negatoria nicht auf Schadensersatz gerichtet ist? Die gewöhnliche Meinung hält das Gegentheil für zweifellos. Mit vollem Recht hat aber Ihering[8]) die Behauptung aufgestellt, daß diese Klage ihren ursprünglichen Character treu bewahrt habe und sich streng auf den Gesichtspunkt des objectiven Unrechts beschränke, d. h. auf die Beseitigung des dem Recht des Klägers widersprechenden Zustands, ohne dem Kläger zugleich Ersatz des dadurch etwa zu-

8) Geist des röm. Rechts III. S. 31. Das Schuldmoment im röm. Privatrecht S. 26.

gefügten Schadens zu gewähren; in den Stellen, auf die man sich für die gegentheilige Ansicht berufe, werde entweder gar nicht vom Schadenserſatz gesprochen oder es werde, wo dies geschehe, die Klage nicht genannt, wie in der auf das interdictum quod vi aut clam zu beziehenden l. 5. C. de serv. 3. 34., oder es sei nur von dem Interesse der verhinderten Ausübung während des Processes die Rede, wie in l. 4. §. 2. si serv. vind. 8. 5. — für den Zweck, den Ersatz des vor dem Proceß erlittenen Schadens geltend zu machen, sei das interdictum quod vi aut clam und die actio legis Aquiliae beziehungsweise die cautio damni infecti und operis novi nuntiatio bestimmt gewesen. In der That wird — wenn man von den vermöge der Proceßobligation unter den Bereich dieser Klage fallenden Handlungen während des Processes absieht — in den Quellen immer nur die Richtung der actio negatoria auf Verhinderung und Beseitigung des dem Recht des Klägers widersprechenden Zustands hervorgehoben, auch in den Fällen, wo mit der Immission eine Beschädigung verbunden ist. Ein unwiderleglicher positiver, von Jhering nicht benutzter Beweis liegt aber in Folgendem. Die ganze cautio damni infecti propter vitium aedium würde unnöthig sein, wenn mit der actio negatoria Ersatz des zugefügten Schadens erlangt werden könnte. Wenn von dem einstürzenden Nachbarhaus Trümmer auf mein Grundstück fallen, so liegt eine die actio negatoria begründende Immission vor, ich kann, wie uns die Betrachtung der l. 9. §. 2. h. t. früher (Ziff. 2.) gezeigt hat, klagen ius illi non esse ita rudera (crustam) habere: ginge nun die Klage außer auf tollere auch auf Ersatz des durch Immission zuge-

fügten Schadens, wozu dann die vorgängige Caution? Und wie soll dazu der Ausspruch in l. 6. h. t. passen: evenit, ut nonnunquam damno dato nulla nobis competat actio, non interposita antea cautione, veluti si vicini aedes ruinosae in meas aedes ceciderint? Wie ließe es sich damit vereinigen, daß der Beschädigte nur ein Retentionsrecht an den Trümmern hat, wenn er sich nicht vorher Caution hat leisten lassen? Es ist klar, daß all dies mit einer auf Schadensersatz gerichteten actio negatoria absolut unvereinbar ist[9]).

Die actio negatoria geht demnach lediglich auf Beseitigung der Immission, Ersatz des dadurch zugefügten Schadens kann nur durch andere Rechtsmittel geltend gemacht werden. Zu diesen Rechtsmitteln gehört auch die cautio damni infecti. In den Fällen, wo nach erfolgter Immission die actio negatoria auf Beseitigung zusteht, kann, so lange die Immission blos befürchtet wird, Caution verlangt und alsdann, wenn durch die Immission schadend auf die Substanz des Grundstücks eingewirkt ist, aus dem geleisteten Versprechen die Klage auf Ersatz erhoben werden. Das letztere und zugleich, daß die actio negatoria selbst nicht auf Ersatz geht, ist ausgesprochen in der schon früher (Ziff. 16. bei Anm. 98) betrachteten l. 17. §. 2. si serv. vind. 8. 5. Durch die Anlage einer Düngergrube auf dem Nachbargrundstück ist die Mauer eines Hauses feucht ge-

9) Auch die actio aquae pluviae arcendae, deren Verhältniß zur actio negatoria als das der specialis actio zur generalis actio bezeichnet wird (l. 1. §. 17. D. 39. 3.), geht nicht auf Ersatz des ante litem contestatam erlittenen Schadens. l. 6. §. 6. l. 14. §. 2. eod.

worden, der Eigenthümer fragt an, auf welche Weise er den Nachbar zur Beseitigung der Anlage zwingen könne. Der Jurist antwortet, daß, wenn die Anlage in privato gemacht sei, dies durch die actio negatoria geschehen müsse, er beschränkt sich aber nicht auf die Beantwortung der Frage, durch welches Mittel das tollere zu erreichen sei, sondern er fügt hinzu: si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damnum datum esset, servare. Also ohne Caution, durch die actio negatoria, würde der Beschädigte dies nicht erreichen können. Wenn der Jurist sich bewogen findet, für den Fall der geleisteten Caution das damnum servare posse anzuerkennen, so kann nicht schon ohne Caution dieser Ausprnch begründet sein; das tollere erlangt man mit der Eigenthumsklage, den Ersatz des Schadens nur mit der actio ex stipulatu. Unmöglich kann die Stelle, wie Hesse (Rechtsverh. I. S. 113.) will, von einer Conventionalcaution verstanden werden. Es ist offenbar von einer gegen den Willen des Hauseigenthümers vom Nachbar in suo gemachten Anlage die Rede und die Frage ist die, wie jener sich gegen die nachtheiligen Einwirkungen einer solchen schützen kann. Die Annahme einer Vereinbarung unter den Parteien des Inhalts, daß gegen Cautionsleistung die Anlage gestattet werde, ist, da es sich in erster Linie um ein tollere der Anlage handelt, unmöglich[10]). Also die c. d. infecti ergänzt die actio

10) Auf den Fall einer solchen Conventionalcaution kann sich die l. 18. de S. P. U. 8. 2. beziehen. Der Eigenthümer würde die Anlage der fistulae nicht zu dulden brauchen, er hat sie aber gegen Cautionsleistung gestattet: hier kann er natürlich blos auf Ersatz, nicht

negatoria in der angegebenen Weise: zur Zeit, wo eine nur möglicherweise eintretende Immission von einer Anlage des Nachbars befürchtet wird, hat man nicht das Recht auf tollere zu klagen, sondern kann nur die c. d. infecti verlangen; tritt dann die Bedingung des Verfalls der Stipulation, die wirkliche Immission, ein, so ist man nach allen Richtungen gesichert durch actio negatoria und actio ex stipulatu.

Auf einen ähnlichen Fall bezieht sich die l. 29. de S. P. U. 8. 2, wenn auch hier nicht wie in l. 17. §. 2. cit. das Verhältniß zwischen actio negatoria und c. d. infecti ausdrücklich hervorgehoben wird. Da die Beantwortung der Frage, von welchem Fall die l. 29. zu verstehen ist, zum Theil von dem Sinn der l. 28. eod. abhängt und Hesse (I. S. 32. 35. 37 ff.) auf beide Stellen eine durchaus abweichende Behauptung über das Verhältniß von actio negatoria und c. d. infecti stützt und insbesondere in dem Fall der l. 29. die erstere Klage wegen Mangels einer perpetua causa für unzulässig erklärt, so muß zunächst mit der Betrachtung der l. 28. begonnen werden.

Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse neque tempore adquiri placuit. hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat (neque enim perpetuam causam habet quod manu fit): at quod ex coelo cadit, etsi non adsidue fit, ex naturali tamen

auf tollere klagen. Vgl. auch Hesse Rechtsverh. I. S. 128., oben Ziff. 16. bei Anm. 91., unten Ziff. 19. bei Anm. 30.

causa fit et ideo perpetuo fieri existimatur. omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquae ductus potest. stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet.

Bekanntlich herrscht über den Sinn dieser Stelle großer Streit. Es handelt sich hauptsächlich um die Frage, ob das Grundstück, auf welchem sich das foramen proluendi pavimenti causa befindet, als das herrschende oder als das dienende anzusehen, ob eine Servitut auf Abfließenlassendürfen oder auf Abfließenlassenmüssen des Wassers gemeint ist. Ich trage kein Bedenken das letztere anzunehmen. Die Stelle sagt: wenn Jemand das zum Abspülen seiner Zimmer gebrauchte Wasser vermittelst eines Ausgußlochs auf das Grundstück des Nachbars ablaufen zu lassen pflegt, so kann der Nachbar, außer wenn das gebrauchte Wasser ex coelo cadit und deßhalb ex naturali causa fit, nicht durch Verjährung das Recht darauf erwerben, daß das Spülwasser auch in Zukunft auf sein Grundstück abfließen muß. Entscheidend hierfür ist der für die Unzulässigkeit einer solchen Servitut angeführte Grund und das Herbeiziehen des Vergleichs einer servitus aquae ductus ex lacu oder ex stagno mit diesem Fall: alle Prädialservituten müssen eine perpetua causa haben und deßhalb kann aus einem Sumpf eine Wasserleitungsgerechtigkeit nicht constituirt werden. Danach spricht der Jurist von der perpetua causa auf Seiten des praedium serviens. Wie das Beziehen des Wassers aus einem Sumpf so kann auch das Beziehen des Spülwassers

vom Nachbargrundstück nicht den Inhalt einer Servitut bilden: in beiden Fällen liegt keine dem dienenden Grundstück innewohnende dauernde Eigenschaft vor. Auf eine Servitut des Inhalts, daß der eine Grundeigenthümer sein Spülwasser auf das Grundstück des andern ablaufen lassen darf, würde der Vergleich mit dem aquae ductus ex stagno gar nicht passen. Handelte es sich um diese Servitut, so könnte ein Zweifel an dem Vorhandensein der perpetua causa auf Seiten des dienenden Grundstücks gar nicht aufgeworfen werden: die perpetua causa läge hier eben darin, daß das Grundstück das Wasser vom Nachbargrundstück aufnimmt. Es könnte sich nur fragen, ob beim praedium dominans die perpetua causa vorhanden sei, denn auch hiefür besteht dieses Erforderniß in dem Sinn, daß nur dasjenige den Inhalt einer Prädialservitut bilden kann, was ein dauerndes Interesse des Grundstücks zu befriedigen geeignet ist. Darauf beziehen sich die Schlußworte unserer Stelle: stillicidii quoque *immittendi* naturalis et perpetua causa esse debet d. h. die Vorrichtung muß auf die Dauer berechnet, nicht blos zu vorübergehenden Zwecken angelegt sein. Gerade diese Worte, auf die man die Ansicht stützt, daß Paulus in der ganzen Stelle von diesem Fall ausgehe, beweisen das Gegentheil. Nicht zwischen flumen immittere und stillicidium immittere will Paulus unterscheiden, um zu sagen, daß das vom flumen Geltende auch auf das stillicidium Anwendung leide, der Gegensatz ist vielmehr der zwischen Wasserbeziehen von einem Grundstück und Wasserabfließenlassen auf ein Grundstück.

Bei der Annahme, daß Paulus auch im ersten Theil der Stelle von einem Recht auf immittere in

alienum spreche, muß man ihm, wie dies auch geschieht[11]), die Ansicht zuschreiben, daß bei einem foramen proluendi pavimenti causa die perpetua causa fehlt, weil das Wasser durch Menschenwerk ein- und ausgeführt werde. Daß dieser Umstand den Begriff der perpetua causa nicht aufhebt, ist klar. Nicht das soll dieses Erforderniß bedeuten, daß menschliche Thätigkeit zur Ausübung der Servitut nicht mitwirken dürfe, sondern nur, daß der Inhalt der Servitut ein dauerndes Interesse des Grundstücks befriedige. Statt vieler Beweise genügt die Verweisung auf l. 3. §. 2. de S. P. R. 8. 3., wonach mir, wenn ich einen Steinbruch neben deinem Grundstück habe, eine Servitut des Inhalts eingeräumt werden kann, terram rudus saxa iacere posita habere et ut in tuum lapides provolvantur ibique positi habeantur indeque exportentur: das Herüberwälzen der Steine setzt doch nicht weniger menschliche Thätigkeit voraus als das Herüberfließenlassen von Spülwasser aus einem foramen. Eben in der Existenz dieses foramen liegt wie in der des focus und des cuniculus in l. 8. §. 5. 7. si serv. vind. 8. 5. die perpetua causa[12]). Demnach kann Paulus in dem von ihm erörterten Fall des foramen proluendi pavimenti causa nur an ein Servitutrecht des Nachbars und an eine Verpflichtung des Inhabers des foramen gedacht haben.

Wie aber paßt dazu die l. 29. eod.? Si quid igitur ex eo foramine, ex quo servitus non consi-

11) Vgl. Hesse Rechtsverh. I. S. 35. 36.

12) Vgl. auch Hesse selbst a. a. O. S. 44. in f. 48. init. 49. init.

tit, damnum vicinus sensisset, dicendum est damni infecti stipulationem locum habere. Diese Stelle soll in Widerspruch mit unserer Interpretation der l. 28. stehen, „denn wenn in l. 28. eine dem Nachbargrundstück Vortheil bringende servitus fluminis non avertendi behandelt werde, so könne nicht von einem Schaden durch das foramen und von einer cautio damni infecti die Rede sein, auch müsse man dann in l. 28. das Haus mit dem foramen als praedium serviens, in l. 29. aber als praedium dominans auffassen“ [13]). Beides ist richtig, enthält aber keinen Beweis gegen unsere Ansicht über den Sinn der l. 28. Unzweifelhaft spricht die l. 29. von einem Fall, wo das foramen im Interesse des Inhabers vorhanden ist, von einer servitus fluminis immittendi. Was aber beweist das? Die l. 28. ist, wie schon Elvers [14]) geltend gemacht hat, aus Paulus lib. 15. ad Sabinum, die l. 29. aus Pomponius lib. 32. ad Quintum Mucium entnommen, jene bezieht sich auf eine servitus fluminis non avertendi, diese auf eine servitus fluminis immittendi. Aber in dem ‚igitur‘ — das sich bei Pomponius, wenn es nicht überhaupt erst durch die Compilatoren eingeschoben ist, natürlich nicht auf die Stelle des Paulus bezieht — soll der Beweis des nothwendigen Zusammenhangs beider Stellen liegen d. h. daß beide Stellen den gleichen Fall im Auge hätten. Als ob es für die Compilatoren nicht Grund genug zur Anknüpfung gewesen sein könnte, daß beide Stellen von einem foramen sprechen. Selbst angenommen einmal, daß auch in l. 28. von einer servitus fluminis immittendi die Rede sei, welch' engerer

13) Hesse a. a. O. I. S. 39.
14) Die röm. Servitutenlehre S. 151 ff.

Zusammenhang besteht denn dann zwischen ihr und der l. 29? Die erstere würde die Zulässigkeit einer solchen Servitut wegen Mangels der perpetua causa leugnen, die andere würde sagen: folglich kann der Nachbar, wenn keine Servitut besteht, aus der geleisteten c. d. infecti Ersatz des erlittenen Schadens fordern. Das wäre doch nicht die Folge der Unzulässigkeit der Servitut, sondern würde ebenso gelten, wenn eine derartige Servitut vollkommen statthaft wäre. Keine der beiden Stellen ist also bestimmend für den Sinn der andern. Es könnte scheinen, als ob die Bedeutung der l. 28. für uns gleichgiltig sei, wenn nur, was nicht bezweifelt wird, die von der c. d. infecti sprechende l. 29. sich auf den Fall einer servitus fluminis immittendi bezieht. Aber Hesse leitet gerade aus dem von ihm angenommenen engen Zusammenhang beider Stellen eine höchst wichtige Folgerung ab. Wie er die l. 29. zum Beweis für seine Ansicht über den in l. 28. behandelten Fall benutzt, so schließt er aus der l. 28. auf den Sinn der l. 29: weil in dem Fall der l. 28. die Zulässigkeit der Servitut wegen Mangels der perpetua causa geleugnet werde, so sei auch die actio negatoria nicht anwendbar und die l. 29. wolle sagen, daß der Nachbar auf die c. d. infecti beschränkt sei. Sollte der Nachbar wirklich keine actio negatoria haben, wenn ich täglich aus einem Ausgußloch Wasser in sein Grundstück immittire, blos deßhalb, weil das manu fit und das dazu benutzte Wasser nicht ex coelo cadit? Das wäre ganz unerhört und im Widerspruch mit den früher betrachteten Grundsätzen über die Immission: dann müßte auch in dem Fall des sterculinium, ex quo paries madescit, die actio negatoria ausgeschlossen sein. Die l. 29. geht keineswegs,

wie Hesse annimmt („ex quo servitus non consistit = quia servitus non consistit i. e. cogitari non potest") von der rechtlichen Unzulässigkeit einer Servitut aus, sondern davon, daß factisch eine servitus fluminis immittendi nicht besteht. Hat mein Nachbar, ohne ein solches Servitutrecht zu haben, ein foramen in seiner Mauer, aus dem er das Spülwasser auf mein Grundstück herüberfließen läßt, so kann ich wegen dieser Immission ebenso wie in l. 17. §. 2. D. 8. 5. de servitute agere auf tollere des foramen, auf Unterlassung der Immission, aber hier wie dort geht die durch die Immission begründete actio negatoria nicht zugleich auf Ersatz des dadurch zugefügten Schadens. Fürchte ich also, daß durch eine solche Anlage eine Immission herbeigeführt werde, so muß ich wegen des drohenden Schadens Cautionsleistung verlangen: habe ich dann durch die wirklich stattfindende Immission Schaden erlitten, so steht mir neben der actio negatoria auf tollere aus der Stipulation der Anspruch auf Schadenersatz zu. Daß Pomponius in l. 29. nur von dem Ersatzanspruch aus der geleisteten Caution spricht, beweist nicht die Unzulässigkeit der actio negatoria, sondern nur, daß mit ihr Schadenersatz nicht erlangt werden kann. —

Wenn wir die bisherigen Ausführungen überblicken, so ergiebt sich in Bezug auf das Verhältniß zwischen cautio damni infecti und actio negatoria und das Gebiet für die Anwendbarkeit der ersteren in Fällen eines opus in suo folgendes Resultat.

Da wo eine immissio in alienum nicht vorliegt, ist die actio negatoria unanwendbar. Handlungen und Anlagen, die, ohne eine Immission zu enthalten, nach-

theilig auf das Nachbargrundstück einwirken, sind formell-rechtlich vollkommen erlaubt, nur die Billigkeit fordert einen Schutz gegen derartige Eingriffe und dieser wird gewährt durch die c. d. infecti. Der Anspruch auf diesen Schutz ist aber nur begründet, wenn durch das facere in suo ein wirkliches damnum für das Nachbargrundstück, eine Substanzverletzung desselben herbeigeführt wird. Der in den Quellen erwähnte Fall ist der des tam alte fodire, ut paries stare non possit.

Da, wo das facere in suo eine immissio in alienum zur Folge hat, ist an sich die actio negatoria begründet, die Handlung, die Anlage ist formell rechtswidrig. Ist, wie in den meisten Fällen der directen Immission, die Absicht bei Vornahme der Handlung auf Immission gerichtet und diese Absicht jetzt schon klar erkennbar, dann braucht die Immission nicht erst abgewartet zu werden, die Klage geht auf Unterlassung der dies bezweckenden Handlung. Hier ist für die c. d. infecti neben der actio negatoria kein Platz. Wo die Handlung sofort gehindert werden kann, würde in dem Fordern und Leisten der Caution ein vertragsmäßiges Gestatten der Vornahme der Handlung liegen, nur mit der Verpflichtung, für den etwa eintretenden Schaden Ersatz zu leisten; diese Conventionalcaution — denn nur eine solche kann, da sonst das Zustehen der actio negatoria die subsidiäre Caution als unanwendbar erscheinen läßt, in Betracht kommen — würde die actio negatoria ausschließen. Anders in den Fällen, wo Jemand durch eine zunächst ganz innerhalb der Grenzen seines eigenen Gebiets sich haltende Handlung oder Anlage nur möglicherweise eine immissio in alienum herbeiführt: hier ist die actio negatoria vor der Immission nicht begründet,

die bloße Möglichkeit eines Uebergriffs kann nicht die Klage auf Unterlassung oder Beseitigung erzeugen. Da aber die nach wirklich erfolgter Immission begründete actio negatoria nicht auf Schadensersatz geht, so kann wegen des befürchteten Schadens schon vorher c. d. infecti gefordert werden, es ist weder die Cautionsforderung durch das spätere Zustehn der actio negatoria, noch die actio negatoria durch die Cautionsleistung ausgeschlossen: actio negatoria und actio ex stipulatu verfolgen verschiedene Zwecke, die letztere ergänzt den Mangel der ersteren.

Nun erleidet aber der Satz, daß durch immissio in alienum die actio negatoria begründet wird, aus Billigkeitsrücksichten gewisse Ausnahmen: der Nachbar muß manche Immissionen dulden, die er an sich auf Grund seines Eigenthums hindern könnte. Soweit dies der Fall ist, kann er auch einen Anspruch auf c. d. infecti nicht erheben. Denn wenn aus Billigkeitsgründen eine solche mit Immission verbundene Handlung gestattet wird, so kann die Billigkeit, auf der die c. d. infecti beruht, nicht wieder bewirken, daß durch Vermittlung der c. d. infecti die Handlung indirect gehindert wird und so die erst durch die Billigkeit beschränkte starre Eigenthumsconsequenz wieder auf einem Umweg zur Geltung kommt.

19. Zu den bisher (Ziff. 10—18.) betrachteten Voraussetzungen der cautio damni infecti kommt noch eine weitere, auf die bereits mehrfach Bezug genommen werden mußte: die negative Voraussetzung, daß dem Bedrohten nicht in anderer Weise ein genügender Schutz geboten ist.

Schon im Zweck der praetoria stipulatio cautionalis, eine neue Klage zu gewähren, liegt ihre subsidiäre Natur. In den Quellen wird denn auch dieser Grundsatz mit aller Deutlichkeit ausgesprochen:

l. 18. §. 9. h. t. — quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur

l. 32. — inutilem esse damni infecti stipulationem, quo casu damnum alia actione sarciri possit —

Allerdings sind nach der letzteren Stelle nicht alle Juristen derselben Ansicht gewesen. Gajus erwähnt, daß Viele den socii wegen Baufälligkeit der aedes communes das Recht auf c. d. infecti einräumten, er selbst erklärt sich aber unter Berufung auf ‚nostrorum praeceptorum sententia' dagegen. Wie weit die abweichende Ansicht der Proculianer gegangen, ob sie, was kaum zu glauben ist, die Subsidiarität der c. d. infecti ganz leugneten oder dieselbe nur nicht unbedingt anerkannten, ist nicht ersichtlich. In der Justinianischen Compilation kann über die Geltung des Grundsatzes der Subsidiarität kein Zweifel sein. In einer Reihe von Anwendungen tritt dieses Princip so deutlich hervor, daß wenn auch ein Schulstreit zwischen Sabinianern und Proculianern bestanden hat, doch im Justinianischen Recht die Ansicht der ersteren gebilligt erscheint. Die Stellen, die zu einem Zweifel Veranlassung geben, enthalten in Wahrheit keinen Widerspruch. Ganz unhaltbar ist die Ansicht von Schneider[15]), daß der subsidiäre Character der c. d. infecti in den Justinianischen Rechtsbüchern

15) Die allgem. subsid. Klagen. S. 94.

nicht festgehalten sei. Auch die Behauptung von Reinhard[16]), wonach die Subsidiarität sich nur auf Fälle erstreckt habe, in welchen dem Impetranten eine vulgäre Klage zustehe, nicht aber auf die, in denen nur eine aushilfliche Klage zulässig erscheinen könne, entbehrt der Begründung. Vangerow[17]) erkennt das Princip der Subsidiarität an, glaubt aber eine einzelne Ausnahme annehmen zu müssen: wenn Jemand in suo oder in publico eine den Nachbar gefährdende Anlage mache, so könne dieser die c. d. infecti fordern, obwohl er auch ohne dies eine actio in factum auf Schadenersatz habe. Wenn es nun auch richtig ist, daß diese actio in factum neben der c. d. infecti vorkommt, so ist darin doch nicht eine Ausnahme von dem Grundsatz der Subsidiarität enthalten. Hesse[18]) vertheidigt die Subsidiarität unbedingt für die Fälle, wo die Caution propter vitium aedium et loci und propter opus in suo gefordert wird, während nach ihm die Caution ihre subsidiäre Natur in allen den Fällen abstreift, wo sie zum Behuf der Erlangung eines prohibitorischen Interdicts, zum Schutz bei einer Arbeit erforderlich ist, also in den Fällen des facere in alieno, privato oder publico.

Um diese Streitfrage zu lösen, bedarf es einer Betrachtung einerseits der Stellen, in welchen die Caution für unzulässig erklärt, andrerseits derjenigen, in denen die Caution neben andern Rechtsmitteln erwähnt wird.

Die Caution kann vor Allem dann nicht gefordert

16) Archiv f. civil. Prax. XXX. S. 244.
17) Lehrb. der Pand. III. §. 678. Anm. X. 1.
18) Die Cautio damni inf. S. 53 ff. Rechtsverh. I. S. 122 ff.

werden, wenn der Bedrohte es selbst in der Hand hat, den Eintritt des Schadens zu verhüten, sei es, daß er sich überhaupt in die Gefahr nicht begiebt, wie der Miether, der in ein baufälliges Haus nicht zu ziehen braucht[19]), oder der Gefahr aus dem Wege geht, wie der Miether, der, wenn das gemiethete Haus baufällig wird, ausziehen kann, sei es, daß er einen Anspruch auf Beseitigung der Ursache des drohenden Schadens hat, mag ihm zu diesem Behufe eine Klage zustehen, wie dem Miether, der verlangen kann, daß die Sache in gutem Zustand erhalten werde, oder mag er berechtigt sein, gegen Ersatz der Kosten die Sache durch eigene Thätigkeit in Stand zu setzen und dadurch den Eintritt des Schadens abzuwehren, wie der Miteigenthümer; noch weniger hat natürlich derjenige einen Anspruch auf Cautionsleistung, dem selbst die Verpflichtung zur Beseitigung der Ursache des Schadens obliegt, wie der Usufructuar. Auf Fälle solcher Art beziehen sich folgende Stellen:

l. 13. §. 6. h. t. — inquilinis non esse cavendum: aut enim ab initio vitiosas aedes conduxerunt et habent quod sibi imputent, aut in

19) Natürlich darf aber das Vermeiden der Gefahr nicht durch das Aufgeben eines Rechts oder eine sonstige Beschränkung bedingt sein. Dem Eigenthümer, der in der Nähe eines baufälligen Hauses gebaut hat, kann nicht entgegengehalten werden, daß er den befürchteten Schaden habe vermeiden können, wenn er nicht da gebaut habe; ebensowenig dem Käufer und Miether, der ein in der Nähe des baufälligen Gebäudes gelegenes Grundstück gekauft bezüglich gemiethet hat. Vgl. auch unten Ziff. 23.

vitium aedes inciderunt et possunt ex conducto experiri —

l. 33. eod. Inquilino non datur damni infecti actio, quia possit ex conducto agere, si dominus eum migrare prohiberet.

l. 32. eod. — — si unas aedes communes tecum habui eaeque vitium faciant et circa refectionem earum cessare videaris, nostri praeceptores negant cavere te debere, quia ipse reficere possim recepturus pro parte, quod impenderim, iudicio societatis aut communi dividundo —

l. 18. §. 2. eod. Ei, cuius usus fructus aedium est, de vitio earundem aedium caveri non oportet, etsi alias vicinas habeat, quia reficiendi habet facultatem: nam qui viri boni arbitratu uti deberet, reficiendi quoque potestatem consequitur. ergo nec proprietarius audiri debet, si velit sibi caveri a fructuario aedium nomine, quas vicinas fructuario habeat, quia habet cum fructuario actionem, ut viri boni arbitratu is fruatur.

l. 20. eod. — de ruina aedium neuter ab altero cautionem desiderare potest, fructuarius ideo, quia refectio aedium ad eius ipsius onus pertinet, proprietarius ideo, quia usitata stipulatio, qua de re restituenda fructuarius cavet, ad hunc quoque casum porrigitur.

Tritt Jemand in einem ſolchen Fall mit dem Anſpruch auf Caution auf, ſo wird er zurückgewieſen, es kommt mithin gar nicht zur Cautionsleiſtung. Wenn

nun doch in l. 32. cit. fortgefahren wird: et ideo interpositam stipulationem minus utilem futuram, quia alia ratione damnum mihi posset sarciri, so kann sich das nur auf eine Conventionalcaution beziehen, und diese wird natürlich von der Subsidiarität nicht berührt. Wenn ich von meinem Recht, das baufällige gemeinschaftliche Haus auch gegen den Willen meines socius zu repariren, gegen Cautionsleistung abstehe und der socius eben durch das Leisten der Caution darauf verzichtet, mir unter Verweisung auf das mir zustehende Reparaturrecht dieselbe zu verweigern, so kann ich natürlich nach Eintritt des Schadens mit der actio ex stipulatu klagen: die geleistete Caution ist nicht ungiltig, sondern nur minus utilis, weil ich es ja in der Hand habe, den Eintritt des Schadens ganz abzuwenden.

Aber nicht blos dann, wenn man das Eintreten des drohenden Schadens verhindern kann, ist die Forderung der Caution unzulässig. Sie ist es auch in den Fällen, wo Ersatz des eingetretenen Schadens durch eine andere Klage erlangt werden kann. Zum Theil decken sich diese Fälle mit den vorher betrachteten. Da nämlich, wo man eine Klage auf Reparatur hat, wie der Eigenthümer gegenüber dem Usufructuar, der Miether gegenüber dem Vermiether, steht, wenn der Schaden infolge Nichtreparatur von Seiten des Pflichtigen eingetreten ist, die Klage auf Ersatz zu. Durch den Umstand, daß diese Ersatzklage erst dann begründet ist, wenn der Schaden wirklich eintritt, wird natürlich der Ausschluß der Cautionsforderung nicht gehindert. Unmöglich kann man — wie Hesse Rechtsverh. I. S. 122. 125. fi. 126. thut — die Subsidiarität so auffassen, als sei die Caution blos dann ausgeschlossen, wenn zu der Zeit,

wo sie gefordert wird, ein anderes auf Schadenserſatz gerichtetes Rechtsmittel geboten iſt: denn zur Zeit, wo die Caution gefordert wird, handelt es ſich um damnum nondum factum, während eine Klage auf Schadenserſatz natürlich ein damnum iam factum vorausſetzt, zu jener Zeit ſteht alſo nie ein andres Rechtsmittel auf Schadenserſatz zu, mithin würde, wenn die Zeit der Cautionsforderung entſcheidend wäre, die Caution immer anwendbar ſein. Die Subſidiarität kann ſelbſtverſtändlich hier nur den Sinn haben, daß der Antrag auf Caution zurückgewieſen wird, falls beim Eintritt des Schadens eine Klage auf Erſatz begründet iſt. Andrerſeits kann aber die bloſe Möglichkeit einer zu dieſer Zeit etwa zuſtehenden Erſatzklage das Recht auf Caution nicht ausſchließen. Wenn Jemand in suo eine Anlage macht, von der ich Schaden fürchte, ſo iſt ſehr wohl möglich, daß ich durch ſein culpoſes Verhalten einen Anſpruch ex lege Aquilia erwerbe, trotzdem kann ich zweifellos jetzt die c. d. infecti fordern: denn ob er ſich eine culpa zu Schulden kommen laſſen wird, weiß man jetzt noch nicht; wäre die Caution durch dieſe Möglichkeit ausgeſchloſſen, ſo würde, wenn dann der Schaden ohne culpa eintritt, der Verletzte hilflos ſein. Danach muß der Satz, daß die Caution wegen drohenden Schadens dann nicht gefordert werden kann, wenn bei Eintritt des Schadens auch ohne Caution eine Erſatzklage gegeben iſt, eine nothwendige Einſchränkung erfahren: es muß ſchon jetzt, zur Zeit der Forderung der Caution, feſtſtehen, daß unter denſelben Vorausſetzungen, unter denen aus der geleiſteten Caution geklagt werden könnte, auch ohne die Caution ein Erſatzanſpruch begründet iſt, jene andere Klage darf alſo nicht mehr Vorausſetzungen haben, denn ſonſt

ist der Verletzte durch sie nicht in gleicher Weise geschützt wie durch die Caution. Dieses Erforderniß ist in allen den Fällen vorhanden, wo der Cautionsforderer gegen den Impetraten infolge eines zwischen ihnen bestehenden besondern Verhältnisses eine Klage auf Beseitigung der Ursache des drohenden Schadens z. B. auf Reparatur des baufälligen Hauses hat: hier steht ihm, wenn der Gegner die ihm obliegende Pflicht nicht erfüllt hat und infolge davon der Schaden eingetreten ist, der Anspruch auf Ersatz zu, ohne daß mehr nachgewiesen zu werden braucht als eben das, was auch bei der actio ex stipulatu zu beweisen sein würde, daß nämlich die mangelhafte Beschaffenheit des Grundstücks die Ursache des eingetretenen Schadens gewesen ist.

Auf einen solchen Fall bezieht sich die l. 18. §. 4. h. t.:

> Ei, qui in conducto solo superficiem imposuit, dominus soli, quod vitio soli damnum futurum sit, cavere non debebit nec soli domino superficiarius, quia invicem ex conducto et locato habent actiones: in quas tamen actiones ultra culpam nihil venit. plus autem in stipulationem venit damni infecti, quod quidem vitium eius esse dicitur[20]).

Es könnte scheinen, als ob durch die Schlußworte der Anfang corrigirt würde. Wenn die actio ex locato et conducto nur wegen culpa zusteht, die c. d. infecti aber weiter geht und das vitium ohne Rücksicht auf culpa umfaßt, so kann man, scheint es, nicht sagen,

20) Vgl. über diese Stelle auch Hasse Die Culpa des röm. Rechts §. 67.

daß durch jene Klage ein genügender Schutz gegeben sei. In der That findet sich in der Glosse die Ansicht vertreten, daß Paulus mit jenen Schlußworten sich selbst corrigire und daß, si nulla culpa possit objici, eis praestabitur cautio. Aber doch spricht Paulus einfach aus, daß zwischen Eigenthümer und Superficiar die c. d. infecti unzulässig sei, weil ihnen jene Klagen gegen einander zustehen. Der scheinbare Widerspruch wird sich durch eine nähere Betrachtung der Stelle lösen. Jemand hat vom Eigenthümer Grund und Boden gemiethet, um eine Superficies aufzuführen, zwischen ihnen besteht also ein obligatorisches Verhältniß. Aus diesem ist zunächst der vermiethende Eigenthümer zur Prästation des uti frui licere verpflichtet und dazu gehört auch, daß er das vermiethete Object in tauglichem Zustand erhält. Wird der Grund und Boden, auf dem das Gebäude errichtet ist, schadhaft[21]) und unterläßt es der Eigenthümer, diesen Zustand abzustellen, so haftet er dem Superficiar für den daraus erwachsenden Schaden ex conducto. Der c. d. infecti bedarf es nicht, um diesen sicherzustellen, denn obgleich die actio conducti nur wegen culpa zusteht, die c. d. infecti hingegen auch den Schaden ohne Rücksicht auf culpa umfaßt, so hat doch im Resultat die erstere Klage nicht mehr Voraussetzungen als das letztere Rechtsmittel, da auch dort nichts weiter zu erweisen ist, als daß der Schaden durch ein vitium soli, dessen Abstellung dem

21) War der Grund und Boden von Anfang an fehlerhaft, so hat der Superficiar keinerlei Anspruch, außer im Fall eines dolus des Vermiethers. Es würde hier, wie in l. 13. §. 6. h. t., von ihm gesagt werden müssen: habet quod sibi imputet.

Vermiether obgelegen hätte, eingetreten ist: dort wie hier stützt sich der Anspruch auf Ersatz lediglich darauf, daß der Schaden in einem vitium loci seinen Grund hat[22]). So wenig wie der Superficiar vom Eigenthümer wegen vitium soli, so wenig kann der Eigenthümer vom Superficiar wegen vitium aedium die Caution verlangen[23]). Die Reparatur der superficies liegt, wenn die Baufälligkeit nicht durch ein vitium soli herbeigeführt ist, dem Superficiar ob; versäumt er die Erfüllung dieser durch den Miethcontract begründeten Pflicht, so hat der Eigenthümer gegen ihn die actio locati auf Ersatz des infolge davon eingetretenen Schadens[24]) und diese Klage setzt wieder nichts mehr voraus, als daß die Ursache des Schadens das vitium aedium war, welches der Superficiar nicht, wie er sollte, beseitigt hat. In diesen Fällen ist also die c. d. infecti deßhalb unzulässig, weil man alia actione damnum sarcire potest, und zwar

22) Anders ist das Verhältniß zwischen Usufructuar und Eigenthümer. Der letztere ist nicht obligatorisch zum uti frui licere praestare verpflichtet; wegen eines vitium soli hat der Usufructuar keine Klage auf Beseitigung oder Ersatz, daher ist hier die c. d. infecti zulässig. l. 20. h. t.

23) Daß es sich in diesem Fall nicht wie in dem ersten um ein vitium soli handelt, ist klar: wegen eines vitium soli hat der Eigenthümer gegen den Superficiar weder einen Anspruch auf Caution noch eine actio locati. So auch die Glosse.

24) In gleicher Weise hat der Eigenthümer gegen den Usufructuar aus der cautio usufructuaria eine Klage auf Ersatz des durch vitium aedium eingetretenen Schadens: daher ist hier die c. d. infecti ausgeschlossen. l. 20. h. t.

mit einer Klage, die nicht größere Voraussetzungen hat, als die actio ex stipulatu. Paulus will demnach mit den Schlußworten nichts weniger als den Satz, daß die Caution hier nicht gefordert werden könne, corrigiren; der allerdings nicht ausgeführte Gedanke, der ihnen zu Grunde liegt, ist der: obgleich die Ersatzklage aus dem Miethvertrag eine culpa voraussetzt, während die c. d. infecti wegen vitium rei ohne Rücksicht auf culpa verlangt werden kann, so ist hier doch wegen des Zustehns der Klage aus dem Miethsverhältniß die Cautionsforderung deßhalb ausgeschlossen, weil infolge des obligatorischen Verhältnisses der Eintritt des Schadens durch die Fehlerhaftigkeit der Sache ohne culpa gar nicht möglich ist; der an sich zwischen der Contractsklage und der c. d. infecti bestehende Unterschied fällt hier nicht in's Gewicht, da die culpa im Nichtrepariren liegt und somit das Nichtrepariren gleichmäßig die alleinige Voraussetzung für beide Rechtsmittel bildet[25]).

Aus demselben Grunde kann nach l. 18. §. 2. l. 20. h. t. der Eigenthümer nicht gegen den Usufructuar den Anspruch auf Cautionsleistung erheben: er hat gegen ihn eine Klage aus der cautio usufructuaria,

25) Die Glosse ad h. l. v. Plus autem sagt: Immo non plus: quia cum verum sit, culpam venire in actionem locati, ergo et vitium veniet propter praecedentem culpam, scilicet quia non restituit vel non reficit proprietarius solum vel superficiarius opus, ut non possit ruere. — Quod ergo hic dicitur plus venire in stipulationem intellige non inspecta culpa. Dies macht aber eben einen Unterschied nur dann, wenn kein zur Reparatur verpflichtendes obligatorisches Verhältniß vorliegt.

wenn dieser ihm durch Nichterfüllung seiner Pflicht zum uti frui arbitratu boni viri einen Schaden zufügt. Auch diese Klage setzt eine culpa voraus, aber auch hier liegt die culpa im Nichtrepariren der aedes fructuariae, die Klage hat also nicht mehr Voraussetzungen als die actio ex stipulatu haben würde. Wohl aber kann der Usufructuar vom Eigenthümer wegen vitium soli Caution fordern, da jener in Ermangelung eines besondern obligatorischen Verhältnisses eine Klage auf Reparatur und auf Ersatz wegen Nichtreparatur nicht hat.

In diesen Fällen ist die Cautionsforderung ausgeschlossen durch eine anderweite Ersatzklage, die der Bedrohte gerade gegen denjenigen hat, gegen den ihm sonst der Anspruch auf Caution zustehn würde. Sie ist es aber auch dann, wenn der Ersatz des eingetretenen Schadens von einem Dritten verlangt werden kann, immer wieder unter der Voraussetzung, daß dabei die Lage des Klägers nicht durch eine härtere Beweislast verschlechtert wird. Nach l. 18. §. 7. 9. h. t., verglichen mit l. 38. pr. eod. und l. 36. de A.E.V. 19. 1., kann der Käufer wegen des dem gekauften Grundstück vom Nachbargrundstück drohenden Schadens regelmäßig nur wegen des nach der Tradition eintretenden Schadens Caution verlangen und eine ohne diese Beschränkung geleistete Caution bezieht sich von selbst nur auf diesen später eintretenden Schaden. Der Grund ist: quia dum venditoris custodia est, is stipulari debet omnemque diligentiam emtori praestare et quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur. Der Verkäufer muß, so lange er noch die custodia hat, die stipulatio d. infecti sich leisten lassen; hat er es gethan, so hat der Käufer

den Anspruch auf Cession, hat er es versäumt und tritt nunmehr ein Schaden ein, so haftet er dem Käufer ex emto wegen dieser negligentia auf Ersatz und diese Klage setzt nichts weiter voraus, als daß der Käufer den Schaden erlitten und der Verkäufer die Stipulation nicht abgeschlossen hat: die culpa des Verkäufers liegt einfach im Unterlassen der Cautionsforderung[26]). Der Käufer ist also auch ohne Caution vollständig geschützt und deßhalb kann er den Anspruch auf Cautionsleistung nicht erheben.

Das, was oben als nothwendige Einschränkung des Satzes, daß die Cautionsforderung dann unzulässig sei, wenn auch ohne Caution eine Ersatzklage begründet ist, hervorgehoben wurde, liegt in allen den bisher betrachteten Fällen vor: es ist hier sofort bei Forderung der Caution gewiß, daß im Fall des Eintritts des befürchteten Schadens dem Bedrohten ein Rechtsmittel zur Seite stehen wird, welches ihn unter nicht härteren Voraussetzungen zu demselben Ziel führt wie die actio ex stipulatu. Hier bedarf es der Caution nicht und darum ist ihre Forderung unzulässig: es würde eine durch nichts gerechtfertigte Belästigung des Gegners sein, wenn man ihn noch zu einem Versprechen der Ersatzleistung anhalten wollte. Anders ist es nothwendig dann, wenn nur die Möglichkeit einer andern auf Ersatz des Schadens gerichteten Klage besteht, die außer dem Eintritt des Schadens noch andere Voraussetzungen hat, deren

26) Die l. 18. §. 9. cit. hebt ausdrücklich hervor, daß auch, si venditor sine culpa stipulari non potuerit et ob hoc emtor stipulatus fuerit, dennoch nihil in hac causa proficit stipulatio, nisi in id, quod post traditionem accidit, quia etc.

Beweis dem Kläger obliegen würde. Dies gilt namentlich für die Fälle, wo durch eine aquilische culpa des Gegners ein Schadensersatzanspruch begründet sein kann. Dem Bedrohten hier wegen der Möglichkeit einer actio legis Aquiliae, bei welcher er den Beweis der Verschuldung führen muß, die c. d. infecti versagen würde nichts anderes heißen als den durch ein nicht culposes Verhalten des Gegners Verletzten schutzlos lassen, mithin die Caution gerade in einem der Fälle versagen, auf die sie berechnet ist. Wenn also in einer Stelle die c. d. infecti neben der actio legis Aquiliae erwähnt wird, so ist das nicht im Entferntesten ein Widerspruch gegen ihre subsidiäre Natur: die erstere trifft Vorsorge gegen einen Schaden, der durch ein formell erlaubtes Verhalten zugefügt werden kann, die letztere geht auf Ersatz des culpos zugefügten Schadens. Wird dann nach geleisteter Caution durch eine culpa des Caventen der Schaden herbeigeführt, so ist allerdings die actio legis Aquiliae neben der actio ex stipulatu begründet; damit jedoch dadurch die letztere Klage ausgeschlossen sei, müßte wirklich auch feststehn, daß die Voraussetzung der actio legis Aquiliae, eine culpa des Beklagten, vorliege: stände dies aber fest, so wäre es in der That für Beklagten gleichgiltig, mit welcher Klage er belangt wird. Der Kläger stützt seinen Ersatzanspruch natürlich einfach auf das Ersatzversprechen und der Beklagte wird sich, um die actio ex stipulatu zu beseitigen, nicht darauf berufen, daß sein Verhalten ein rechtswidriges gewesen sei, und er durch seine culpa den Schaden herbeigeführt habe. Anders ist die Sache dann, wenn die Ursache des Schadens in der culpa eines Dritten liegt, für welche der Cavent nicht einzustehn hat. Von einem sol-

chen Fall spricht die l. 24. §. 7. h. t.: praeterea si furni nomine damni infecti fuerit cautum, deinde furnarii culpa damnum datum fuerit, non venire in hanc stipulationem plerisque videtur. Da die Möglichkeit eines widerrechtlichen Verhaltens den Schutz gegen Schaden durch ein erlaubtes Verhalten nicht ausschließen kann, so muß die furni nomine geforderte Caution geleistet werden, die Klage aus dieser Caution ist aber nicht begründet, wenn lediglich die culpa eines Dritten den Schaden verursacht hat. Der Grund hiervon ist jedoch nicht die Subsidiarität der actio ex stipulatu und weil man gegen diesen dritten eine actio legis Aquiliae auf Ersatz hat, sondern der Inhalt der Stipulation: es war nur cavirt furni nomine, mithin verfällt die Stipulation nicht, wenn der Schaden seinen Grund gar nicht in einem vitium operis hat[27]).

In dieser Weise heben sich die Bedenken, die man aus einer Reihe von die actio legis Aquiliae oder in factum neben der c. d. infecti erwähnenden Stellen gegen die Subsidiarität der letzteren geltend gemacht hat.

Nach l. 27. §. 10. ad leg. Aquil. 9. 2.[28]) habe ich gegen den Nachbar, der an der gemeinsamen Mauer einen Backofen hat, die actio in factum legis Aquiliae, scilicet si paries exustus sit, natürlich unter der nicht minder selbstverständlichen Voraussetzung, daß jenen der Vorwurf einer culpa trifft; sin autem nondum damnum mihi dederis, sed ita ignem habeas, ut metuam ne mihi damnum des, damni infecti puto sufficere cautionem. Trotzdem daß ich unter Umständen die actio in factum auf Ersatz habe, kann ich doch

27) S. oben Ziff. 4. bei Anm. 42. Ziff. 5. Anm. 54.
28) Vgl. oben Ziff. 4. bei Anm. 43.

die c. d. infecti fordern: diese schützt mich da, wo mir jene Klage keine Hilfe gewährt, in dem Fall nämlich, wenn ohne alle culpa durch ganz vorsichtigen Gebrauch des furnum mir ein Schaden zugefügt wird. Die Möglichkeit einer auf culpa sich stützenden Klage kann mir nicht das Recht auf Sicherstellung gegen einen ohne culpa eintretenden Schaden entziehen; ist die Caution geleistet, so genügt mir dies vollständig, ich bedarf dann, auch wenn eine culpa vorliegt, der actio in factum nicht, denn ich werde mich natürlich nicht auf culpa stützen, sondern aus dem Ersatzversprechen klagen[29]).

In gleicher Weise erwähnt die l. 18. de S. P. U. 8. 2. die Zulässigkeit der c. d. infecti neben der actio in factum, ohne daß daraus ein Argument gegen die Subsidiarität der erstern entnommen werden könnte. Wegen des durch fistulae, per quas aquam ducas, aedibus meis applicatae[30]) mir zugefügten Schadens

29) Man braucht also nicht deßhalb, weil es Proculus ist, dessen Ansicht referirt wird, an die die Subsidiarität nicht unbedingt anerkennende Meinung der Proculianer zu denken. Auch nach der Ansicht der Sabinianer ist hier die Caution nicht ausgeschlossen.

30) Offenbar ist in dieser Stelle vorausgesetzt, daß das fistulas applicare auf Grund der Einräumung einer Servitut oder einer sonstigen Gestattung des Eigenthümers erfolgt ist. Sonst würde der Eigenthümer diese Vorrichtung an seinem Hause gar nicht zu dulden brauchen und die Ursache des drohenden Schadens, eben die fistulae, durch actio negatoria beseitigen können, und dann wäre zwar nicht die actio in factum, wohl aber die c. d. infecti ausgeschlossen. S. oben Ziff. 18. Anm. 10. — Unbegründet ist es, wenn Reinhard (Arch. f. civil. Prax. XXX. S. 241 ff.)

ſteht mir die actio in factum zu, sed et damni infecti stipulari a te potero. Es iſt kein Grund vorhanden, dieſe Caution auf den Schaden zu beziehen, der nach dem auf die actio in factum ergangenen richterlichen Urtheil dem Kläger noch erwachſen kann[31]). Die Stelle ſagt nichts anderes als die l. 27. §. 10. cit.: habe ich mir nicht Caution leiſten laſſen, ſo kann ich auf Erſatz nur mit der actio in factum klagen, die natürlich den Beweis der culpa vorausſetzt, ich kann aber auch vor Eintritt des Schadens Cautionsleiſtung verlangen, die mich ohne Rückſicht auf culpa ſchützt. Ohne Caution könnte ich Erſatz des Schadens nicht fordern, wenn derſelbe ohne culpa einträte, die Caution iſt für dieſen Fall das einzige Mittel. Das Zuſtehen einer andern Klage für einen ganz andern Fall widerſpricht natürlich ihrer Subſidiarität nicht.

Das Gleiche gilt von der l. un. §. 5. de ripa mun. 43. 15. Mag man ſie im Uebrigen verſtehen wie man will[32]), in Bezug auf unſere Frage ſpricht ſie jedenfalls nur aus, daß, wenn man die Caution nicht erlangt hat, man wegen des Schadens auf die actio legis Aquiliae angewieſen iſt; dieſe ſetzt aber eben culpa voraus, für Schaden ohne culpa gewährt nur die c. d. infecti Hilfe.

In den Fällen, wo neben der c. d. infecti auch die actio legis Aquiliae möglich iſt, gehen wenigſtens beide Rechtsmittel auf denſelben Zweck, auf Erſatz des

in dem Fall, von dem dieſe Stelle ſpricht, die actio negatoria für zuläſſig hält.

31) So Heſſe Rechtsverh. I. S. 129. Aebli Die Cautio d. infecti S. 20.

32) Vgl. über dieſe Stelle oben Ziff. 14. bei Anm. 61.

Schadens: daß trotzdem die subsidiäre Natur der Caution gewahrt bleibt, hat seinen Grund darin, weil das andre Rechtsmittel infolge seiner größeren Voraussetzungen ein beschränkteres Gebiet hat und somit der Fall, auf den die Caution berechnet ist, dadurch nicht mitumfaßt wird. Ist nun gar ein Rechtsmittel auf einen ganz andern Zweck gerichtet als die c. d. infecti, so ist aus dem Erwähnen beider nebeneinander natürlich noch weniger ein Beweis gegen die Subsidiarität der Caution zu entnehmen. So kommt die Caution vor neben der operis novi nuntiatio iuris nostri conservandi causa, neben der actio confessoria, dem interdictum quod vi aut clam.

> Si quis opus novum nuntiaverit, an nihilo minus damni infecti ei caveri debeat, Julianus tractat. et magis probat caveri oportere: nam et ei qui egerit ius adversario non esse altius tollere aedificium, cavere debere. item eum, adversus quem interdictum quod vi aut clam competit, cavere debere Julianus ait, quia non est cautum neque de vitio aedium neque de damno operis. (l. 13. §. 10. h. t.)

Die operis novi nuntiatio und die actio confessoria geht ja nur auf Verhinderung des Bauwerks, das interdictum quod vi aut clam auf Restitution des vi aut clam factum: gegen die Baufälligkeit des bereits errichteten Hauses, gegen den durch das formell erlaubte facere drohenden Schaden ist man durch jene Rechtsmittel nicht geschützt.

In welchem Verhältniß die Caution zur actio negatoria steht und wie demnach die l. 17. §. 2. si

serv. vind. 8. 5. und die l. 29. de S. P. U. 8. 2. sich daraus erklären, daß die actio negatoria wegen der bloßen Möglichkeit einer Immission nicht angestellt und doch wieder durch sie Ersatz des durch die Immission verursachten Schadens nicht erlangt werden kann, ist früher erörtert worden [33]).

In der von Schneider noch angeführten l. 3. §. 6. quod vi aut clam 43. 24. ist nicht einmal von der Concurrenz eines andern Rechtsmittels die Rede. Wer lediglich deshalb prohibirt worden ist, weil er auf Anfordern die c. d. infecti nicht leistet, der hört auf vim facere und entgeht dem Interdict, sobald er die Caution leistet.

Daß der Grundsatz der Subsidiarität davon gar nicht berührt wird, wenn derjenige, der durch andere Rechtsmittel den Eintritt des Schadens verhindern oder Ersatz des eingetretenen Schadens fordern kann, infolge freier Vereinbarung mit dem Gegner sich Caution leisten läßt, bedarf keiner Ausführung: der Cavent, der die Caution verweigern könnte, verzichtet eben auf sein Recht. Fälle einer solchen Conventionalcaution haben wir früher (Ziff. 9.) kennen gelernt.

Die Behauptung endlich, daß die Caution ihre subsidiäre Natur da abstreife, wo ein facere in alieno in Frage steht, ist unbegründet. Auch hier ist der Grundsatz der Subsidiarität gewahrt. Der Anspruch auf Caution steht ja nur zu, wenn der in alieno Handelnde kraft dinglichen oder persönlichen Rechts die Befugniß

33) Vgl. Ziff. 18.

dazu hat, so daß er an der Vornahme der Handlung an sich nicht gehindert werden kann. Hätte der Bedrohte ein Verhinderungsrecht wegen formell unerlaubten Thuns, so würde für die Caution kein Platz sein. Handelt es sich aber um ein formell erlaubtes facere, so kann weder das facere durch Klage gehindert noch der durch dasselbe ohne Ueberschreitung der Grenzen des Erlaubten zugefügte Schaden mit einer Klage ersetzt verlangt werden: die Caution ist das einzige Mittel, wodurch der Bedrohte sich schützen kann. Die Möglichkeit, daß der Gegner bei dem an sich erlaubten facere sich eine culpa zu Schulden kommen läßt, schließt, wie wir gesehen haben, die Forderung der Caution nicht aus, ohne daß hierin eine Ausnahme von dem Grundsatz der Subsidiarität liegt.

Aus dem bisher Ausgeführten ergiebt sich, daß es sich immer nur um die Subsidiarität der Cautionsforderung, nicht der actio ex stipulatu handelt. Neben der letzteren sind andere Ersatzklagen z. B. die actio legis Aquiliae möglich, ohne daß jene dadurch ausgeschlossen wird. Das Cautionsdecret wird nur ertheilt, wenn feststeht, daß zur Zeit eine Klage auf Abwehr und bei später eintretendem Schaden eine Klage auf Ersatz nicht zusteht: ist also das Decret ertheilt, so wird dadurch, daß später doch noch die weiteren Voraussetzungen einer andern Klage eingetreten sind, die von weniger Voraussetzungen abhängige actio ex stipulatu nicht ausgeschlossen.

§. 1678a.

2. Subjective Voraussetzungen.

a. Cautionsberechtigte Personen.

20. Wer ist beim Vorhandensein der objectiven Voraussetzungen *berechtigt*, die Caution zu fordern, und wer *verpflichtet*, die geforderte Caution zu leisten?

In Bezug auf die *erstere* Frage bestimmt das prätorische Edict (l. 7. pr. h. t.) nur: damni infecti — promitti — iubebo ei qui iuraverit non calumniae causa id se postulare, und Ulpian führt dies in l. 13. §. 3. näher dahin aus:

> qui damni infecti caveri sibi postulat, prius de calumnia iurare debet: quisquis igitur iuraverit de calumnia, admittitur ad stipulationem et non inquiretur, utrum intersit eius an non, vicinas aedes habeat an non habeat. totum tamen hoc iurisdictioni practoriae subiciendum, cui cavendum sit, cui non[34]).

Natürlich kann der Sinn dieser Bestimmung nicht sein, daß die Leistung des iuramentum calumniae ein materielles Recht auf die Caution und aus der Caution einen Anspruch auf Ersatz giebt: schon das Aufzählen der zur Cautionsforderung berechtigten Personen und der Streit unter den römischen Juristen, ob Manche, wie Pfandgläubiger und bonae fidei possessor, zu ihnen gehören, widerlegt diese Auffassung. Aber auch zum admitti ad stipulationem kann nicht, wie bisweilen be-

34) Vgl. über diese Stelle auch unten Ziff. 34. bei Anm. 68.

hauptet wird[35]), das bloſe Schwören des Gefährdeeids genügen: wie wäre daneben der Satz, daß totum hoc iurisdictioni praetoriae subiciendum möglich? Wenn Jeder, der dieſen Eid leiſtet, zugelaſſen würde, ſo wäre für eine Erwägung des Prätors, ob dem Antragſteller cavirt werden ſolle, kein Raum und Ulpian könnte nicht in unmittelbarem Anſchluß an dieſen Satz (l. 13. §. 4.) ſagen: ceterum neque ei qui in meo deambulet neque ei qui in meo lavet vel in mea taberna devertat, caveri debet. Andrerſeits iſt es jedoch unbegründet, wenn Heſſe[36]) behauptet, daß der Prätor jedes Mal wie die legitimatio ad causam passiva ſo auch die activa einer Unterſuchung unterzogen und hierauf das iuramentum calumniae keinen Einfluß gehabt habe. Für die legitimatio passiva beweiſt das Gegentheil das sub exceptione satisdare[37]). Daß die Activlegitimation nicht zum Gegenſtand einer Erörterung und Entſcheidung gemacht werden konnte, ergiebt ſich aus dem ganzen Character des Inſtituts: wenn der Prätor, weil res damni infecti celeritatem desiderat et periculosa dilatio praetori videtur, dieſen Theil ſeines Imperiums den Municipalmagiſtraten delegirt (l. 1. h. t.), ſollte er da die Auflage der Caution von einer vorgängigen Prüfung des Rechts des Impetranten abhängig machen? Wie leicht hätte da der Beklagte durch chicanöſes Leug-

35) Vgl. z. B. Aebli S. 21.: „Die letztere Befugniß (admissio ad stipulationem) hat Jeder, welcher ſchwört, daß er die Caution in der Ueberzeugung von ſeiner Berechtigung verlange.“

36) C. d. infecti S. 20. Rechtsverh. I. S. 117 ff.

37) Si controversia erit dominus sit nec ne qui cavebit, sub exceptione satisdari iubebo. l. 7. pr. h. t.

nen der Berechtigung des Klägers die Cautionsleistung hinausschieben und jenen dem eingetretenen Schaden gegenüber hilflos machen können? Der Umstand, auf den Hesse sich beruft, daß die Juristen die Frage aufwerfen, wie es zu halten sei, wenn der Schaden eintritt, dum praetor de danda stipulatione deliberat, ist nicht im Entferntesten für seine Behauptung beweisend, im Gegentheil: wenn der Kläger den Beweis seines Rechts zu führen hat und erst nach geführtem Beweis die Caution aufgelegt wird, so hat der Prätor in dieser Beziehung gar nichts zu deliberiren. Ueberdies widerlegt sich dieses Argument durch das, was Hesse selbst in unmittelbarem Anschluß daran anführt: daß nämlich wegen der der Caution zu inferirenden und je nach den Umständen länger oder kürzer zu bemessenden Frist eine besondere Untersuchung stattzufinden hatte.

Also es genügt weder die Ableistung des iuramentum calumniae, noch ist der Beweis erforderlich, daß der Kläger wirklich zu den forderungsberechtigten Personen gehört. Wohl aber muß, damit dem Antrag auf Cautionsleistung stattgegeben werde, der Impetrant sich auf ein solches Verhältniß zu dem bedrohten Grundstück berufen, daß er, die Wahrheit seiner Behauptung vorausgesetzt, von dem drohenden Schaden betroffen werden wird: er muß ein Rechtsverhältniß anführen, welches ihm die Befugniß zu dieser Forderung giebt, es darf nicht schon nach seinen eignen thatsächlichen Angaben gewiß sein, daß ihm die actio ex stipulatu nicht zustehen wird. Wer z. B. die Caution deshalb fordert, weil er auf dem bedrohten Grundstück spazieren zu gehen pflege, dem wird, weil er nicht zu den forderungsberechtigten Personen gehört, die Caution ebenso denegirt, wie

demjenigen, der seinen Anspruch darauf stützt, daß ihm durch das Bauen oder Graben auf dem Nachbargrundstück Licht oder Wasser entzogen werde. Wer hingegen mit der Behauptung, als Eigenthümer, Nießbraucher, Superficiar u. s. w. durch den dem Grundstück drohenden Schaden betroffen zu werden, auftritt, dem muß nach vorgängigem iuramentum calumniae die Caution geleistet werden, ohne daß jetzt näher untersucht wird, ob seine Angaben auf Wahrheit beruhen oder nicht. In vielen Fällen wird sich übrigens die Bestreitung des Rechts zur Forderung der Caution nicht darauf stützen, daß der Kläger nicht zu den forderungsberechtigten Personen gehöre. Regelmäßig wird der Eigenthümer die Caution verlangen und sein Eigenthum vom Gegner nicht in Frage gestellt werden: dann bezieht sich die Ableistung des Calumnieneids lediglich auf die Frage, ob wirklich ein Schaden drohe, wegen dessen Caution geleistet werden muß. Unrichtig ist es aber, wenn Hesse (S. 119. 120) die Leistung des Eids auf diese Frage beschränken will[38]).

Welche Personen sind nun zur Forderung der Caution berechtigt?

Da der Zweck der c. d. infecti ist, dem Bedrohten Ersatz des Schadens zu sichern, den er sonst nicht erlangen würde, so scheint es nahe zu liegen, den Anspruch auf diese Sicherung einem Jeden zu gewähren, der durch den drohenden Schaden betroffen werden wird. Das ist auch der Standpunkt des spätern römischen

38) Ueber eine besondere Anwendung des non inquiretur, utrum intersit eius siehe unten Ziff. 21. a. E. bei Anm. 73.

Rechts. Ursprünglich aber war es anders. Mag das prätorische Edict ausdrücklich nur den Eigenthümer genannt haben, indem es vielleicht, wie Schmidt[39]) annimmt, nur von dem damnum quod aedibus meis fit sprach, oder mag die Jurisprudenz anfangs nur von dem nächstliegenden Fall eines dem Eigenthümer des benachbarten Grundstücks drohenden Schadens ausgegangen sein, sicher ist, daß von Haus aus die Caution als ein für den Eigenthümer bestimmtes Rechtsmittel erschien. Unzweifelhaft ist er der Nächstinteressirte, an ihn denkt man nothwendig zuerst, wenn es sich um den Schutz gegen einen dem Grundstück drohenden Nachtheil handelt: es gehört einer spätern Entwicklung an, wenn auch andern Personen der zunächst für den Eigenthümer bestimmte Schutz gewährt wird. Nun ist es eine wiederholt gemachte Bemerkung, daß es im römischen Recht hinsichtlich der Frage, welche Personen zur Erhebung einer bestimmten Klage befugt sind, von wesentlichem Einfluß ist, ob die Klage ursprünglich dem Interessenten oder dem Eigenthümer gegeben war; denn obgleich im letztern Fall später auch andern dinglich Berechtigten die Klage gestattet wurde, so entschloß man sich dazu doch nur zögernd und allmählich und nicht immer vollständig, so daß hier häufige Schwankungen vorkommen und ein festes Princip nicht erkennbar ist, vielmehr Alles von der besondern historischen Entwicklung bei den einzelnen Klagen abhängt[40]). So ist die actio arborum furtim caesarum dem Emphyteuta gegeben, dem Usu-

39) Zeitschr. für Civilrecht und Proc. N. F. VIII. S. 21.
40) Vgl. Dernburg Pfandrecht II. S. 399 ff. Jhering Abhandlungen Nr. 2.

fructuar versagt (l. 5. §. 2. 3. D. 47. 7.), die actio aquae pluviae arcendae dem Emphyteuta ohne Bedenken, dem Usufructuar nur zögernd und mit Beschränkung zugestanden (l. 23. §. 1. l. 22. pr. D. 39. 3.), die actio legis Aquiliae dem Usufructuar, wenn auch nach längerem Zweifel, unbedingt gestattet, während in Bezug auf das Recht des Pfandgläubigers zur Erhebung dieser Klage die Entscheidungen schwanken (l. 27. de pign. 20. 1. l. 30. §. 1. ad leg. Aquil. 9. 2.). So erklärt es sich denn auch hinsichtlich der c. d. infecti, daß der Gedanke, es solle das Recht darauf jedem durch den Schaden Betroffenen zustehen, erst spät zum Durchbruch kommt in dem Satz des Paulus: damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cuius in bonis res est, sed etiam cuius periculo res est (l. 18. pr. h. t.).

Daß aber in der That bei der c. d. infecti von der Rücksicht auf den Eigenthümer ausgegangen wurde und nur ihm ursprünglich dieses Recht gegeben war, läßt sich aus den Quellen beweisen. Wenn Ulpian in l. 13. §. 8. h. t. sagt: superficiarium et fructuarium damni infecti utiliter stipulari *hodie* constat, so ist es eben nicht zu allen Zeiten zweifellos gewesen, ob der Caution diese Ausdehnung zu geben und neben dem Eigenthümer auch der Inhaber eines ius in re aliena als forderungsberechtigt anzusehen sei. Auf eine Ausdehnung über das ursprüngliche Anwendungsgebiet deutet auch die l. 39. §. 2. h. t. hin: damni infecti stipulatio *latius patet* et ideo et ei qui superficiariam insulam habet, utilis est ea stipulatio, si quid in superficie damnum datum fuerit, et nihilo minus et soli domino utilis est. — Besonders scharf tritt dies in der l. 11. h. t.

hervor. Ulpian wirft die Frage auf, ob der cavirende Pfandgläubiger blos zu repromittiren brauche, quia ius suum tuetur, oder ob er Bürgen stellen müsse, quia dominus non est; ohne diese Frage hier zu beantworten, fährt er fort: quae species est in contrario latere apud Marcellum agitata, an creditori pignoraticio damni infecti caveri debeat. et ait Marcellus inutiliter ei caveri: idemque etiam de eo cavendum qui non a domino emit: nam nec in huius persona committi stipulationem. Soll die Berufung auf die in contrario latere apud Marcellum agitata species überhaupt einen Sinn haben, so muß wie Ulpian für die Verpflichtung so Marcellus für die Berechtigung des Pfandgläubigers die Frage so gestellt haben: ist Gewicht darauf zu legen, daß der Pfandgläubiger ius suum tuetur, oder darauf, daß er dominus non est. Marcellus entscheidet sich für letzteres und versagt darum dem Pfandgläubiger ebenso wie dem bonae fidei possessor den Anspruch auf die Caution, den er eben als Nichteigenthümer nicht hat, während Ulpian es für billig hält, auch ihm diesen Anspruch zu gewähren[41]). Wenn sonach auch das spätere Recht ne-

41) Daß gerade Marcellus hinsichtlich der Uebertragung der dem Eigenthümer gegebenen Klagen auf den Pfandgläubiger bedenklich war, wissen wir auch in Bezug auf die actio legis Aquiliae: nach l. 27. de pign. 20. 1. giebt er demselben die Klage wegen einer vom Verpfänder selbst dem Pfandobject zugefügten Beschädigung nur dann, wenn er aus irgend einem Grund keine persönliche Klage zur Beitreibung seiner Schuld hat, während wieder Ulpian für die Zulassung der Klage ohne weitere Unterscheidung sich ausspricht.

ben dem Eigenthümer noch den Superficiar, den Usufructuar, den Pfandgläubiger als zur Forderung der c. d. infecti berechtigt anerkennt, so ist doch nach dem eben Ausgeführten klar, daß dies in der ursprünglichen Anlage der Caution nicht begründet ist, daß es sich vielmehr dabei um die Uebertragung eines zunächst für den Eigenthümer bestimmten Rechtsmittels handelt.

Wie weit erstreckt sich diese Uebertragung? Von dem bonae fidei possessor, dem Marcellus und vielleicht auch Ulpian das Recht versagt, wird im Folgenden (Ziff. 22) noch besonders die Rede sein. Ist aber wie der Superficiar und der Usufructuar auch der Emphyteuta und der Inhaber einer Prädialservitut berechtigt? In den Quellen werden beide nicht genannt, trotzdem kann ihre Berechtigung einem Zweifel nicht unterliegen. Für das Recht des Emphyteuta spricht nicht blos die Analogie der Superficies, die ganze eigenthumsähnliche Stellung desselben, die ihn als den eigentlichen Herrn des Grundstücks erscheinen läßt[42]), bringt das nothwendig mit sich, und wenn die actio arborum furtim caesarum dem Usufructuar abgesprochen, dem Emphyteuta gegeben wird (l. 5. §. 2. 3. D. 47. 7.), so läßt sich der Schluß nicht abweisen, daß der dem Usufructuar zustehende Cautionsanspruch dem Emphyteuta nicht versagt sein kann. Nicht minder zweifellos ist die Berechtigung des Inhabers einer Prädialservitut: die Servitut ist eine Eigenschaft des praedium dominans, diesem Grundstück wird durch Verletzung der Servitut geschadet, es ist also der Eigenthümer, der die Caution verlangt, ob wegen Verletzung der Substanz oder einer rechtlichen

42) Vgl. Ziff. 27. bei Anm. 74.

Qualität seines Grundstücks — sive corporis dominus sive is qui ius habet utputa servitutem, kann man mit der l. 13. §. 1. h. t. sagen —, ist gleichgiltig. Für die actio aquae pluviae arcendae ist dieser Gedanke ausdrücklich ausgesprochen: is, cuius fundo via debetur, aquae pluviae arcendae agere potest fundi sui nomine, quoniam deteriore via facta fundo nocetur (l. 25. D. 39. 3.). — Daß sich zufällig für die c. d. infecti ein solcher Ausspruch in den Quellen nicht findet, kann uns natürlich nicht hindern, hier das Gleiche anzunehmen.

Der Schaden, für den cavirt werden soll, droht einem Grundstück. Wenn also der Eigenthümer als forderungsberechtigt bezeichnet wird, so ist damit zunächst der Eigenthümer des Grundstücks gemeint. Aber durch Vermittelung der Beschädigung des Grundstücks können auch andere Sachen, die sich auf dem Grundstück, in dem Haus befinden, verletzt werden: die Caution erstreckt sich auch auf den Ersatz dieses Schadens. Das ist dann unbedenklich und unbestritten, wenn der Eigenthümer des bedrohten Hauses und der im Haus befindlichen Mobilien eine und dieselbe Person ist. Wie aber, wenn das Haus vermiethet ist? Hat wie der vermiethende Eigenthümer wegen des Hauses so der Miether als Eigenthümer der im Haus befindlichen Immobilien einen Cautionsanspruch? Die Bejahung dieser Frage kann einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen. Schon der Umstand, daß in l. 13. §. 6. h. t. dem Miether gegenüber dem Vermiether das Recht auf Caution lediglich wegen der Subsidiarität der Caution abgesprochen wird, beweist, daß er da, wo dieser Grund wegfällt, also gegenüber dem Nachbar, dieses Recht hat. So wird denn

auch in l. 13. §. 5. eod. gesagt: vicinis plane inquilinisque eorum et inquilinorum uxoribus cavendum esse ait Labeo, item his qui cum his morentur. Während nach dem vorhergehenden Paragraphen Personen, die nicht in einer dauernden Beziehung zu dem bedrohten Grundstück stehen, sondern sich nur gelegentlich da aufhalten und einzelne Handlungen auf demselben vornehmen, das Recht zur Caution, die sich natürlich außer der ihrer Person zugefügten Beschädigung auch nur auf ihre Mobilien beziehen könnte, nicht haben, und während der folgende Paragraph die Verpflichtung des Vermiethers zur Cautionsleistung an seinen Miether, die sich in gleicher Weise überhaupt nur in Bezug auf die Mobilien des Miethers denken ließe, wegen der Subsidiarität der Caution leugnet, giebt der zwischen beiden stehende §. 5. dem Miether gegenüber dem Nachbar das Recht auf die Caution, also gleichfalls wegen des den Mobilien des Miethers drohenden Schadens. Diese schon von Hesse[43]) vertheidigte Ansicht wird von Bachofen[44]) lebhaft bestritten. Nicht jedes mögliche Interesse eines Nichteigenthümers und jede Art von Schaden und Verlust genüge, um das Recht der Forderung zur Caution zu geben, der Miethsmann sei nicht wegen eigener in das Haus eingebrachter Sachen zur Caution berechtigt, sondern könne nur in dem Fall, den die l. 21. h. t. voraussetze, giltig stipuliren, nämlich si sic conduxit, ut eius periculo aedes essent, nur hierauf beziehe sich l. 13. §. 5. cit. So richtig diese Voraussetzung ist, wenn es sich um die Caution wegen des dem gemietheten Haus droh-

43) C. d. infecti S. 69. Rechtsverh. I. S. 81.
44) Pfandrecht S. 115.

enden Schadens handelt, so unbegründet ist es, diese Voraussetzung auch da aufzustellen, wo der Miether lediglich wegen seines Eigenthums die Cautionsleistung fordert: die Uebernahme des periculum hat hiermit gar nichts zu thun. Nicht blos das aus dem Zusammenhang der §§. 4—6 sich ergebende Argument spricht gegen diese Beschränkung, auch der Inhalt des §. 5. selbst zeigt, daß an diesen Fall nicht gedacht sein kann. Der Eigenthümer des schadhaften Hauses soll caviren den Nachbarn, also den Eigenthümern der bedrohten Gebäude, und den Miethern, die in den bedrohten Gebäuden wohnen, sowie den Frauen und Hausgenossen der Miether, allen diesen Personen nebeneinander, also einer jeden wegen ihres besondern Interesses[45]: wenn aber der Miether das periculum des Miethhauses übernommen hat, dann kann, wie Bachofen (S. 116 fi.) selbst ausführt, nicht neben ihm noch der Vermiether als Eigenthümer die Caution fordern. Gerade die l. 21. h. t., die Bachofen für seine Deutung der l. 13. §. 5. anführt, beweist evident, daß dem Miether wegen seiner Mobilien ein Cautionsanspruch zusteht: der filiusfami-

45) Die Auffassung, als ob das Aufzählen der mehreren berechtigten Personen neben einander den Sinn habe, daß Eigenthümer und Miether nicht für denselben Fall neben einander cautionsberechtigt seien, sondern jeder nur dann, wenn die für ihn speciell erforderliche Voraussetzung vorliege — also der Eigenthümer, wenn der Miether das periculum nicht übernommen hat, der Miether, wenn er das periculum übernommen hat —, ist darum unzulässig, weil neben dem Miether auch seine Frau und seine Hausgenossen genannt sind, die natürlich nicht neben dem Miether auch noch sic conduxerunt, ut eorum periculo aedes essent.

lias inquilinus und sein Gewalthaber werden, wenn ihnen der Nachbar wegen der res peculiares nicht cavirt, beide in possessionem aedium vicinarum mittirt, anders aber ist es dann, wenn sic filius conduxerat, ut eius periculo aedes essent: tunc enim quia solus tenetur ex locato, recte dicendum ipsum mittendum in possessionem, nisi ei caveatur. Die Uebernahme des periculum durch den miethenden Hausſohn, wodurch dieſer mit Ausſchluß ſeines Vaters das Recht der Caution erhält, wird hier ausdrücklich dem andern Fall entgegengeſtellt, in dem ohne Uebernahme des periculum Vater und Sohn das Recht zur Caution wegen der in das Miethhaus eingebrachten res peculiares haben. Das ſo gewonnene Reſultat kann auch nicht durch die Berufung Bachofens auf die Subſidiarität der Caution[46]) erſchüttert werden. Dieſer Grund wird in l. 13. §. 6. h. t. gerade nur für den Fall geltend gemacht, wenn der Miether von ſeinem Vermiether die Caution fordert, während im vorhergehenden Paragraphen dem Miether gegenüber dem Nachbar das Recht auf Caution unbedingt zugeſprochen wird[47]). So ſteht denn nichts

46) Er meint S. 115. A. 3., dem Miether ſtehe nach l. 33. 34. h. t. das Recht der Migration und im Verhinderungsfall die actio ex conducto zu und dadurch werde die ſubſidiäre stipulatio d. infecti ausgeſchloſſen.

47) Gewiß kann der Miether nicht blos dann ausziehen, wenn das gemiethete, ſondern auch wenn das benachbarte Haus den Einſturz droht, da eine hierzu berechtigende iusta causa timoris hier nicht weniger als dort vorliegt (l. 27. §. 1. loc. 19. 2.) und inſofern iſt die Oppoſition von Aebli S. 23. A. 1. gegen Bachofen unbegründet: aber der Nachbar kann ihn, wie ſich aus l. 13. §. 5. 6. h. t. ergiebt, hierauf nicht

im Wege, die l. 33. h. t. (Anm. 46.) in derselben Weise wie die l. 13. §. 6. von der Forderung der Caution gegenüber dem Vermiether zu verstehen. Bedenken kann nur die von den Compilatoren als Fortsetzung der l. 33. angefügte l. 34. erregen: wenn die vom Vermiether wegen nicht gezahlten Miethgelds quasi pignora retinirten Mobilien des ausziehenden Miethers ruina vicinarum aedium untergegangen sind, haftet der Vermiether mit der actio pignoraticia, si poterat eas res in locum tutiorem transferre. Ist danach nicht von der Forderung der Caution gegenüber dem Eigenthümer des benachbarten baufälligen Hauses die Rede und wird somit nicht das Recht auf diese Caution dem Miether, weil er ausziehen kann, versagt? Die Glosse, die mit Recht annimmt, daß die Forderung der Caution nur gegenüber dem Vermiether unzulässig sei, sucht das Bedenken dadurch zu beseitigen, daß sie die aedes vicinae von einem andern benachbarten Haus des Vermiethers versteht. Das ist offenbar willkürlich. Möglich, daß hier eine Ungeschicktheit der Compilatoren vorliegt und Paulus von einem andern Fall als Ulpian gesprochen hat. Aber erklären läßt sich die Stelle auch bei der Annahme, daß an eine vom Vermiether geforderte Caution gedacht ist. Durch den Einsturz des Nachbarhauses werden die Mobilien des Miethers nicht unmittelbar beschädigt, sondern nur, wenn das Miethhaus selbst einstürzt: seine Sachen sind dadurch gefährdet, daß das Miethhaus durch das

verweisen, so wenig wie derjenige, der neben einem bereits baufälligen Haus ein Gebäude errichtet hat, mit seiner Cautionsforderung durch den Einwand, er habe ja an dieser Stelle nicht zu bauen gebraucht, zurückgewiesen werden kann, vgl. oben Ziff. 19. Anm. 19.

Nachbarhaus gefährdet ist. Wie nun nach l. 13. §. 2. h. t., cum inter aedes meas et tuas sint aliae aedes non vitiosae, doch auch der Eigenthümer der aedes incolumes mir caviren muß, quia fieri potest, ut aedes vitiosae in aedes non vitiosas incidentes damnum mihi dent, so könnte an und für sich auch der Miether wegen der ruina aedium vicinarum und der hierdurch herbeigeführten Beschädigung des Miethhauses, die seinen Mobilien Gefahr droht, vom Vermiether Caution fordern: dieser Anspruch gegen den Vermiether wird mit Rücksicht auf die Subsidiarität der Caution zurückgewiesen. Das Recht, vom Nachbar Sicherstellung zu verlangen, wird davon nicht berührt.

Das ursprünglich für den Eigenthümer berechnete Rechtsmittel der Caution ist, wie wir gesehen haben, im Lauf der Zeit den Inhabern von iura in re zugestanden worden. Der Grund war, daß auch diese Personen, obgleich sie nur eine partielle Herrschaft über die Sache haben, doch durch die der Sache zugefügte Beschädigung ein damnum, eine deminutio patrimonii erleiden: sind sie auch nicht Eigenthümer, so gehört doch die Sache zu ihrem Vermögen. Aber immer wurde noch der formelle Gesichtspunkt festgehalten, daß ein Rechtsmittel des Eigenthümers auf sie übertragen sei. Wäre schon zu Marcellus' Zeit der Gedanke zum Durchbruch gekommen, daß Jeder, den durch den Einsturz eines baufälligen Hauses ein Vermögensschaden trifft, zur Forderung der Caution berechtigt sei, so würde er dem Pfandgläubiger dieses Recht nicht haben versagen und Ulpian die Gestattung nicht auf bloße Billigkeit haben stützen können. Nicht einmal das läßt sich allgemein behaupten, daß dem Eigenthum das in bonis esse substituirt worden sei.

Wie wenig dieser Begriff durchschlagend ist, zeigt sich einerseits darin, daß Marcellus dem bonae fidei possessor, der doch nach l. 49. de V. S. das in bonis so gut wie der Superficiar hat, das Recht auf die Caution abspricht, während Ulpian andererseits dem Pfandgläubiger, dessen in bonis habere geleugnet wird[48]), das Recht einräumt. Der Gedanke, der uns so nahe zu liegen scheint: der Bedrohte kann Sicherung gegen den drohenden Nachtheil verlangen, mußte lange ringen, ehe er zum Durchbruch und zur äußeren Anerkennung als entscheidendes Princip kam, er bewirkt zunächst nur, daß einzelnen Personen das Recht gegeben wird. Unausgesprochen liegt dieser Gedanke Ulpians Satz in l. 13. §. 7. h. t. zu Grunde: si monumento aedificium noceat, cavendum est ei, ad quem ius monumenti pertinet. Wer das ius sepulcri hat, hat die Sache nicht im Eigenthum, auch nicht in bonis[49]), aber ihn trifft doch der Nachtheil und darum ist er zur Forderung der Caution berechtigt.

Bei denjenigen Klagen, welche, wie z. B. die actio furti, is cuius interest anstellen kann, findet sich neben den Personen, deren Interesse sich auf ein dingliches Recht stützt, eine zweite Kategorie von Klagberechtigten, die deßhalb interessirt sind, weil sie entweder als Schuldner für die Sache haften und im Fall der Entwendung oder Beschädigung ersatzpflichtig sind oder weil sie als Gläubiger, welche die Sache zu fordern haben, vom

48) l. 12. §. 2. de furt. 47. 2. Bachofen Pfandrecht S. 67. A. 5.

49) l. 2. de sep. viol. 47. 12. Köppen Syst. des heut. röm. Erbrechts S. 197.

Schuldner Ersatz nicht verlangen können: die Sache gehört nicht zu ihrem Vermögen, aber doch trifft sie aus dem angegebenen Grund der Nachtheil, dem Resultat nach wird ihnen die Sache entwendet oder beschädigt. Die allgemeine Bezeichnung für diese zweite Kategorie von Interessenten ist: quorum periculo res est. Wenn nun die ursprünglich blos für den Eigenthümer berechnete, dann auf die Inhaber von iura in re übertragene c. d. infecti auch denjenigen gegeben wird, quorum periculo res est, so ist in der That die alte Anschauung verlassen und durch das Princip verdrängt, welches schon der Ausdehnung des Rechtsmittels auf einzelne andere Personen außer dem Eigenthümer zu Grund lag, das Princip: derjenige, der durch den drohenden Schaden betroffen werden wird, ist berechtigt die Caution zu fordern. Dieses Princip stellt Paulus in l. 18. pr. h. t. mit aller Entschiedenheit auf:

> Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cuius in bonis res est, sed etiam cuius periculo res est.

Allerdings wird man den Ausdruck cuius periculo res est zunächst in der engeren Bedeutung zu verstehen geneigt sein, in welcher er sonst gebraucht wird und die auch den im Folgenden zu betrachtenden Stellen von Paulus zu Grund liegt, nämlich von dem ersatzpflichtigen Schuldner und dem nicht ersatzberechtigten Gläubiger, also in obligatorischen Verhältnissen. Er läßt sich aber auch in dem weiteren Sinn von cuius interest verstehen, so daß auch von dem Eigenthümer und Inhaber eines ius in re aliena gesagt werden kann, die Sache sei eius periculo, insofern als ihn der Schaden

trifft[49a]). Von diesem Gesichtspunct aus kann auch der Pachter wegen des durch Einsturz des Nachbarhauses den fructus pendentes drohenden Schadens, der bonae fidei possessor wegen Vernichtung der factischen Retentionsmöglichkeit in Bezug auf Impensen die Caution fordern. Daß auch Paulus selbst diese weitere Bedeutung im Auge hat und daß er das damnum pati als das Entscheidende ansieht, zeigt sein Ausspruch in l. 21. h. t. Kann der filiusfamilias inquilinus wegen verweigerter c. d. infecti die missio in possessionem aedium vicinarum verlangen? Quaeritur enim an filiusfamilias non videtur damnum pati, si res peculiares sint. Die missio wird ihm und dem Vater zusammen ertheilt. In bonis hat natürlich der Hausſohn die res peculiares nicht, also muß Paulus annehmen, daß sie eius periculo sunt und das kann, da hier von einem obligatorischen Verhältniß nicht die Rede ist, nichts andres heißen, als daß ihn der durch die Beschädigung der Peculiarsachen herbeigeführte Nachtheil trifft (videtur damnum pati); er hat zwar nicht wie der Vater ein wirkliches Recht an diesen Sachen, aber das Peculium ist doch für seine Bedürfnisse und Zwecke bestimmt, es gilt als velut proprium patrimonium des Hausſohns[50]) und demnach erleidet nicht blos der Vater, sondern auch der Sohn einen Schaden, der zur Forderung der Caution berechtigen soll[51]).

49a) So auch Groh Die Caution wegen zukünftigen Schadens S. 17.

50) Vgl. Dietzel Jahrb. des gem. Rechts II. S. 6 ff. Brinz Krit. Bl. Nr. 2. S. 9.

51) Vgl. auch l. 11. quib. ex caus. in poss. 42. 4.: Si filio familias legatum vel fideicommissum sub con-

Betrachten wir nunmehr näher die beiden Fälle, in denen Paulus sein Princip, daß der cuius periculo res est die Caution verlangen kann, zur Anwendung bringt. Dieser Ausdruck wird, wie schon bemerkt, in Obligationsverhältnissen sowohl vom Gläubiger, der wegen verhinderter Erfüllung der Obligation keine Entschädigung verlangen kann und bei zweiseitigen Obligationen doch die Gegenleistung geben muß, wie vom Schuldner, der bei Unmöglichkeit der Obligation nicht frei wird, sondern den Gläubiger entschädigen muß, gebraucht. In beiden Fällen muß also der Anspruch auf c. d. infecti begründet sein. Von dem ersten Fall spricht Paulus in l. 18. §. 9. und l. 38. pr. h. t. in Bezug auf den Käufer, vom zweiten in l. 21. fi. h. t. in Bezug auf den Miether.

Nach l. 18. §. 7. 8. h. t. bezieht sich eine dem Käufer vor der Tradition des Grundstücks geleistete Caution nur auf den nach der Tradition eintretenden Schaden, vor der Tradition ist es Sache des Verkäufers sich Caution leisten zu lassen, und dieser haftet eventuell dem Käufer wegen Unterlassung dieser Pflicht, quia huius quoque rei culpam praestat. Nun fährt §. 9. fort:

Sed quid fiet, si venditor sine culpa stipulari non potuerit[52]) et ob hoc emtor stipulatus fuerit?

dicione relictum sit, dicendum est tam ipsum quam patrem in possessionem mittendos esse, quia ambo spem commodi habent.

52) Die Ansicht von Cujacius ad h. l., es sei zu lesen: ‚si venditor sine culpa non stipulari potuerit,‘ womit gesagt sein soll: „wenn der Verkäufer, ohne sich den Vorwurf einer culpa zuzuziehen, die Cautionsfor-

nonne damnum patitur? an hoc damnum in aliena re acciderit, revolvitur autem ad emtorem, quia actionem ex emto non habet? sed nihil in hac causa proficit stipulatio, nisi in id, quod post traditionem accidit, quia, dum venditoris custodia est, is stipulari debet omnemque diligentiam emtori praestare: et quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur.

Bemerkenswerth ist der von Paulus in Bezug auf das Recht des Käufers angeregte Zweifel, weil er den veränderten Standpunct characterisirt. Vor der Tradition hat der Käufer kein Recht an der Sache. So lange die Caution nur dem Eigenthümer und etwa dem cuius in bonis res est gegeben war, konnte die Frage, ob unter Umständen auch dem Käufer zu caviren sei, überhaupt gar nicht aufgeworfen werden. Anders, wenn man das Recht auf das periculo esse stellt. Trifft nicht den Käufer, der wegen mangelnder culpa des Verkäufers einen Ersatzanspruch gegen diesen nicht hat, der Schaden? Zwar gehört die Sache dem Käufer nicht eigen, es ist eine fremde Sache, die beschädigt wird, aber im Endresultat erleidet der Käufer den Nachtheil, revolvitur damnum ad emtorem. In der That würde das nach Paulus' Ansicht für die Berechtigung des Käufers eine genügende Grundlage bilden. Daß er dennoch dem Käufer das Recht auf Caution versagt, hat seinen

derung unterlassen konnte", ist, ganz abgesehen von sprachlichen Bedenken, deßhalb unhaltbar, weil ja in diesem Fall nach l. 38. pr. h. t. die Stipulation des Käufers vollgiltig ist.

Grund nicht etwa darin, weil er das aus der materiellen Benachtheiligung entnommene Argument verwirft, sondern er hält nur factisch eine solche Benachtheiligung nicht für denkbar, weil im Nichtfordern der Caution Seitens des Verkäufers stets eine culpa liege: so lange der Verkäufer die Sache noch in Händen hat, muß er für omnis diligentia einstehen, und es ist, wie Paulus in l. 36. de A.E.V. 19. 1. sagt, pars custodiae diligentiaeque hanc interponere cautionem, et ideo si id neglexerit, tenebitur emtori; daher liegt die Voraussetzung, unter der allein der Käufer von dem Schaden betroffen werden würde, nämlich Mangel der culpa auf Seiten des Verkäufers und somit Mangel eines Ersatzanspruchs gegen denselben nicht vor und deßhalb ist ein Anspruch des Käufers auf Caution nicht begründet. Das in der aufgeworfenen Zweifelsfrage ausgesprochene Princip selbst, daß der von dem Schaden materiell Betroffene cautionsberechtigt ist, wenn auch damnum in aliena re accidit, bleibt davon ganz unberührt. Zu beachten ist übrigens, daß, wenn nach dieser Stelle vor erfolgter Tradition nicht der Käufer, sondern nur der Verkäufer zur Forderung der Caution berechtigt ist, weil der Käufer gegen den huius quoque rei culpam prästirenden Verkäufer die actio emti hat, damit nicht etwa[53]) gemeint ist, daß das Recht des Verkäufers sich auf seine praestatio diligentiae stütze. Nicht weil er ersatzpflichtig ist und insofern res eius periculo est, sondern weil er Eigenthümer ist, steht ihm dem Nachbar gegenüber das Recht auf Caution zu; nicht um sein Recht gegen-

53) Wie Hesse C. d. infecti S. 68. Rechtsverh. I. S. 82. annimmt.

über dem Nachbar, sondern um seine Pflicht gegenüber dem Käufer (stipulari oportet, stipulari debet) handelt es sich in unserer Stelle. Diese seine Pflicht hat mit seinem Recht gar nichts zu thun, außer insofern als, wenn ihm durch besondern Vertrag die Pflicht abgenommen ist, er durch den Schaden nicht betroffen wird und er daher aus diesem Grund trotz seines an sich ihn berechtigenden Eigenthums gar kein Interesse mehr hat. Es ist nicht unnöthig, vor dieser Verwechselung in Bezug auf das Recht des Verkäufers zu warnen: gründete sich sein Cautionsanspruch lediglich auf seine Haftung für levis culpa ohne Rücksicht auf sein Eigenthum, so würde Jeder, der die bedrohte Sache in Händen hat und hinsichtlich derselben omnis diligentia prästiren muß, weil zur Forderung der Caution verpflichtet auch dazu berechtigt sein. Daß dies undenkbar ist, wird sich im Folgenden ergeben.

Wenn nun der Käufer vor der Tradition deßhalb die Caution nicht fordern kann bezüglich die ihm geleistete Caution den vor diesem Zeitpunct eintretenden Schaden deßhalb nicht mitumfaßt, weil er in andrer Weise gegen den Schaden geschützt ist, nämlich durch die Klage auf Ersatz gegen den nicht stipulirenden Verkäufer, so muß der Käufer nothwendig dann berechtigt sein, wenn er aus einem besondern Grund einen solchen Ersatzanspruch gegen den Verkäufer nicht hat. So wenn er vertragsmäßig dem Verkäufer die Haftung für diligentia erlassen hat. In diesem Fall ist es lediglich der Käufer, der von dem Schaden betroffen wird. Da hier der Ersatz des Schadens alia actione quaeri non potest, so kommt das in l. 18. §. 9. aufgestellte Princip ungehindert zur Geltung: hoc damnum in aliena re ac-

cidit, revolvitur autem ad emtorem. Das ſpricht Paulus faſt mit denſelben Worten in l. 38. pr. h. t. aus:

> Emptor aedium ante traditam sibi possessionem ideo inutiliter stipulatur, quia venditor omnem diligentiam ei praestare debet. tunc certe utiliter stipulatur, cum omnis culpa a venditore aberit, veluti si precario emptori in his aedibus esse permisit custodiamque ei afuturus tradidit.

Hier iſt in der That res periculo emtoris, nicht etwa weil er die custodia hat und deßhalb erſatzpflichtig wäre, ſondern weil ſie der Verkäufer nicht hat und den nicht erſatzberechtigten Käufer der Nachtheil trifft.

Natürlich gilt dieſer Grundſatz nicht blos in dem Verhältniß zwiſchen Käufer und Verkäufer. Ueberall wo res cum periculo creditoris perit, weil der Gläubiger einen Erſatzanſpruch gegen den Schuldner nicht hat, muß ihm das Recht auf Caution zugeſtanden werden[54]).

Die zweite Claſſe der Perſonen, quorum periculo res est, iſt von Paulus in der bereits mehrfach erwähnten l. 21. h. t. berückſichtigt. Nachdem er in Bezug auf die im Miethhaus befindlichen res peculiares dem Sohn und Vater zuſammen[55]) den Anſpruch auf

54) Wenn z. B. ein Haus geſchenkt, aber noch nicht tradirt iſt, wird man den Beſchenkten als berechtigt anerkennen müſſen: der Schenker haftet nicht für levis culpa, der Beſchenkte erlangt alſo von ihm nicht Erſatz wegen unterlaſſener Cautionsforderung, mithin ad eum revolvitur damnum, er iſt es, der den Schaden erleidet.

55) Gänzlich verkehrt iſt die in der Gloſſe erwähnte An-

missio in possessionem wegen verweigerter Caution zuerkannt hat, fährt er fort:

nisi sic filius conduxerat, ut eius periculo aedes essent: tunc enim, quia solus tenetur ex locato, recte dicetur ipsum mittendum in possessionem, nisi ei caveatur.

Da der Vater aus den Contracten des Hauskinds wenigstens peculio tenus haftet, so wird man wohl als die Meinung des Paulus annehmen müssen, daß die vom Sohn hinsichtlich der Uebernahme des periculum des Miethhauses geschlossene Verabredung sich eben nur auf den Sohn mit Ausschluß des Vaters bezogen hat. Welches ist aber der Sinn der Verabredung, ut eius periculo aedes essent? Nicht wie Bachofen (S. 115) meint, daß der Sohn die custodia des bedrohten Grundstücks übernimmt. Das würde nichts anderes heißen, als daß er durch Unterlassung der Cautionsforderung die Verpflichtung zur custodia verletze und darum für den eingetretenen Schaden ersatzpflichtig sei. Es begründet aber, wie wir sehen werden, weder die gesetzliche noch die durch besondern Vertrag übernommene Haftung für custodia ohne Weiteres die Verpflichtung zur Forderung der Caution und nicht diese Pflicht ist es, die wieder das Recht dazu begründet. Die Uebernahme des periculum ist hier vielmehr die Uebernahme der Haftung für casus. Der Miether verspricht, dem Vermiether für allen die Sache etwa treffenden Schaden einzustehen, so daß er von seiner Verpflichtung, das Miethobject in unversehrtem Zustand zu restituiren, nicht

sicht, welche das utrumque eorum in possessionem mitti auf den Miether und Vermiether beziehen will.

frei wird, mag ihm dies auch durch äußere ganz unabwendbare Ereignisse unmöglich geworden sein: er würde also nicht weniger haften, wenn das Nachbarhaus infolge eines Erdbebens, wie wenn es infolge seiner Baufälligkeit einstürzte und dem gemietheten Haus Schaden zufügte. Hier ist infolge seiner Ersatzpflicht der Miether derjenige, qui damnum patitur, er ist berechtigt zur Forderung der Caution, quia tenetur ex locato. Das gilt natürlich gleichmäßig in allen Fällen, wo Jemand in Bezug auf die bedrohte Sache für casus haftet[56]).

Aber weshalb müssen wir das ‚nisi sic conduxerat ut eius periculo aedes essent' von der Uebernahme der Haftung für casus verstehen? Ist es nicht wahr, was Hesse[57]) sagt, daß nach l. 18. §. 8. 9. l. 38. pr. h. t. das cautionem petere mit unter den Verpflichtungen der custodia et diligentia begriffen ist und daher, da es ein Widerspruch wäre, Jemanden zur Forderung der Caution zu verpflichten und ihm das Recht zur Forderung derselben zu versagen, Jeder die Caution zu fordern befugt sein muß, der die bedrohte Sache vermöge eines ihn zur custodia verpflichtenden obligatorischen Verhältnisses innehat? Ja, spricht es nicht l. 36 de A.E.V. 19. 1. ausdrücklich aus: pars est custodiae diligentiaeque hanc quoque interponere stipulationem? Ist mithin nicht Jeder, der levis culpa zu prästiren hat, wegen Unterlassung der Cautionsforderung ersatzpflichtig und darum, da die Pflicht

56) Eine Versicherungsgesellschaft z. B., bei welcher Glasscheiben versichert sind, ist unzweifelhaft, weil sie von dem Schaden betroffen wird, cautionsberechtigt.

57) C. d. infecti S. 67. Rechtsverh. I. S. 81.

zur Forderung ohne das Recht dazu in der That nicht denkbar ist, auch zur Forderung der Caution berechtigt? Unzweifelhaft ist der Satz richtig, daß die Pflicht zur Cautionsforderung ohne das Recht dazu nicht denkbar ist, aber in einem ganz andern Sinn: jene Folgerung läßt sich leicht als verkehrt nachweisen. Wer nicht ein dingliches Recht an der bedrohten Sache hat, kann seinen Anspruch auf Caution nur darauf stützen, daß er für den die Sache treffenden Schaden einem Andern ersatzpflichtig ist. Diese Ersatzpflicht liegt ihm, falls er nicht den casus übernommen hat und mithin für jeden Schaden ohne alle Rücksicht auf culpa einsteht, nur dann ob, wenn ihm eine culpa zum Vorwurf gemacht werden kann: die culpa würde hier im Nichtfordern der Caution bestehen. Offenbar kann aber von einer durch Nichtfordern der Caution begangenen Verschuldung nur dann die Rede sein, wenn er überhaupt die rechtliche Möglichkeit zu dieser Forderung hat, denn es handelt sich ja hier nicht um eine factische Thätigkeit, sondern um die Erhebung eines rechtlichen Anspruchs: nun hat er aber das Recht dazu nur, wenn er ersatzpflichtig ist, also (da wir den Fall der Uebernahme des casus ausscheiden) nur dann, wenn er die Caution nicht gefordert hat. Welches Resultat ergiebt das? Ersatzpflichtig ist er nur, wenn er die Caution nicht fordert, die Caution kann er nur fordern, wenn er ersatzpflichtig ist, also — er ist berechtigt, die Caution zu fordern, wenn er sie nicht fordert! Mithin kann nicht aus der Haftung für diligentia die Verpflichtung zur Forderung der Caution folgen und das Nichtfordern als eine culpa betrachtet werden. Der Satz, daß ohne das Recht zur Forderung der Caution die Pflicht zur Forderung derselben nicht

denkbar ist, ist nur in dem Sinn richtig, daß dem für diligentia Haftenden das Nichtfordern der Caution lediglich dann zur culpa gereicht, wenn er ein selbständiges Recht auf Caution hat, indem er dann seinem Gläubiger gegenüber zur Ausübung dieses Rechts verpflichtet war: niemals aber ist es seine Pflicht zur custodia, die ihm dieses Recht giebt. Darum heißt es vom Verkäufer: quia dum in venditoris caustodia est, is stipulari debet (nicht potest) omnemque diligentiam praestare und darum wurde schon oben hervorgehoben, daß der Verkäufer als Eigenthümer, nicht als zur custodia Verpflichteter stipulationsberechtigt ist. Da, wo das Recht zur Caution sich lediglich auf die Ersatzpflicht stützt, muß die Ersatzpflicht nothwendig von etwas anderem abhängen als von einer Verschuldung durch Nichtfordern der Caution, da eine solche Verschuldung hier einfach undenkbar ist. Das ist nur dann der Fall, wenn der Schuldner, sei es infolge Gesetzes, sei es infolge besonderer Vereinbarung, für casus haftet: hier trifft ihn der Schaden und darum ist er berechtigt. Es bedarf danach gar nicht des besonderen Hinweises darauf, daß bei der entgegengesetzten Annahme, wonach jeder für levis culpa Haftende wegen Unterlassung der Cautionsforderung ersatzpflichtig und damit cautionsberechtigt sein soll, die Bestimmung in l. 21. h. t. ganz sinnlos wäre: danach würde ja der Miether immer in dieser Lage sein. Natürlich würde auch damit nichts gebessert werden, wenn man die in l. 21. erwähnte Verabredung statt von der Uebernahme des casus von der speciellen Uebernahme der custodia verstehen wollte, wie Bachofen (S. 115) thut. Daß derjenige, der zur custodia gesetzlich verpflichtet ist, durch ausdrückliche Uebernahme

derselben die Haftung für jeden casus auf sich nehme, ist heutzutag ziemlich allgemein als unbegründet anerkannt[58]). Nur bei dieser Annahme aber würde der ausdrücklichen Uebernahme der custodia ein Gewicht beigelegt werden können. Sonst greift dasselbe Argument wie bei der gesetzlichen Haftpflicht für custodia platz. Zwar wird dann eine über die Pflichten des diligens paterfamilias hinausgehende specielle Beaufsichtigung und Bewachung erfordert und die Haftpflicht geht soweit als der Schaden durch solche specielle Beaufsichtigung sich würde haben abwenden lassen, aber es handelt sich dabei doch immer nur um eine factische Beaufsichtigung; hier jedoch liegt die Sache so, daß sich der Schaden nur durch die Erhebung des rechtlichen Anspruchs auf Caution abwenden ließe und dazu müßte er eben berechtigt sein: ist er dies nicht, so kann auch bei ausdrücklicher Uebernahme der custodia von einer in der Unterlassung der Cautionsforderung liegenden omissio custodiae nicht die Rede sein[59]).

58) Vgl. Mommsen Beitr. z. Obligationenrecht I. S. 275. A. 10. Vangerow I. §. 105. Anm. Windscheid II. §. 384. A. 6.

59) Nach unserer Ansicht kann natürlich auch nicht der malae fidei possessor cautionsberechtigt sein. Er würde sein Recht nur auf seine Ersatzpflicht stützen können. Vor der litis contestatio haftet er nun regelmäßig nur für culpa: das Nichtfordern der Caution ist aber, da er ja wieder erst durch sein Nichtfordern das Recht dazu erhalten würde, keine culpa. (Schwer verständlich ist es, wie Hesse C. d. infecti S. 70. dazu kommt, den malae fidei possessor deßhalb für unberechtigt zu erklären, weil er nicht zu denen gehöre, die hinsichtlich einer fremden Sache diligentia

Die beiden Kategorieen der Personen, die wir wegen des sie treffenden Schadens als stipulationsberechtigt kennen gelernt haben, werden also gebildet einerseits durch die dinglich Berechtigten, andrerseits durch die in Obligationsverhältnissen als Gläubiger oder Schuldner Stehenden, als Gläubiger, wenn sie einen Ersatzanspruch wegen des die Sache treffenden Schadens nicht haben, als Schuldner, wenn sie infolge der Haftung für casus dem Gläubiger ersatzpflichtig sind. In ungehöriger Weise vermischt Hesse[60]) diese beiden Kategorieen, indem er den Pfandgläubiger und Verkäufer deshalb für berechtigt zur Caution erklärt, weil sie rücksichtlich des verpfändeten bezüglich verkauften Grundstücks diligentia und custodia zu prästiren hätten. Daß danach zum Voraus jeder Pfandinhaber ohne Faustpfand — oder wie man wohl richtiger sagen muß, jeder nicht im Besitz befindliche Pfandgläubiger — von der Stipulation ausgeschlossen wäre, während doch nichts eine derartige Beschränkung des Ausdrucks creditor qui pignus accepit (l. 11. h. t.) rechtfertigt, hat bereits Bachofen (S. 116) hervorgehoben. Allerdings können scheinbar beide Gesichtspunkte in einer Person zusammentreffen: der Verkäufer vor der Tradition und der Faustpfandgläubiger sind kraft ihres dinglichen Rechts an der Sache stipulationsberech-

et custodia zu prästiren haben.) Nach der litis contestatio haftet der m. f. possessor allerdings für casus, aber trotzdem muß ihm der Anspruch auf die c. d. infecti aus demselben Grund versagt werden, aus dem ihm die actio furti abgesprochen wird: quia nemo de improbitate sua consequitur actionem l. 12. §. 1. de furt. 47. 2.

60) C. d. infecti S. 68.

tigt und sind zugleich zur custodia verpflichtet, so daß sie wegen Unterlassung der Cautionsforderung haften: aber es ist nicht diese Haftpflicht, welche ihre Berechtigung begründet, denn wenn sie nicht ohne dies, kraft ihres dinglichen Rechts, die Caution fordern könnten, würden sie wegen der Unterlassung nicht haften. So begründet demnach der von Bachofen wegen dieser Vermengung beider Fälle gegen Hesse ausgesprochene Tadel ist, sowenig kann man der eignen Auffassung Bachofens hinsichtlich dieser zweiten Kategorie von Berechtigten beistimmen. Den einen Fall, die Berechtigung des Gläubigers wegen mangelnden Ersatzanspruchs gegen den Schuldner, kennt Bachofen überhaupt nicht: er versteht das cuius periculo est nur von dem ersatzpflichtigen Schuldner, und auch dies in unrichtiger Weise von demjenigen, der die custodia des bedrohten Grundstücks vertragsweis übernommen hat. Aber auch ganz abgesehen davon ist der Gesichtspunkt, daß der so Verpflichtete nur ein abgeleitetes, kein in seiner Person entstandenes Recht übe, daß durch die Uebernahme jener Pflicht nicht das Recht der Stipulation, sondern nur der Anspruch auf dessen Ausübung begründet werde, nicht richtig. Das Recht des ersatzpflichtigen Schuldners ist ein durchaus selbständiges, auf dem Gedanken beruhend, daß der, den der Schaden treffen wird, sich dagegen soll sichern können. Bachofen zieht aus seiner Auffassung die practische Consequenz, daß neben dem Servitutinhaber und dem Pfandgläubiger auch der Eigenthümer stipuliren könne und Jeder sein Interesse davon trage, während der ersatzpflichtige Schuldner (nach B. der zur custodia Verpflichtete) den Eigenthümer ausschließe, indem dieser sich durch die Contractsklage schadlos halten, mithin auf

die subsidiäre Caution keinen Anspruch machen könne. Dies ist unzweifelhaft richtig. Aber dazu bedarf es nicht jener Auffassung. Das Gleiche ergiebt sich bei unserer Annahme eines selbständigen Rechts: dem Eigenthümer, der an sich auf Grund seines Rechts zur Forderung der Caution befugt ist, ist die stipulatio inutilis, wenn er alia actione damnum sarcire potest. Nicht die Uebertragung der Ausübung seines Rechts auf einen Andern, sondern die Existenz eines anderweiten Ersatzanspruchs schließt ihn von der Forderung der Caution aus. —

Das bisher festgestellte Resultat der im römischen Recht hinsichtlich der subjectiven Berechtigung zur Caution stattfindenden Entwicklung, deren Erkenntniß gerade bei der Bachofen'schen Annahme ganz verschlossen bleibt, ist also das, daß als cautionsberechtigt alle die, aber auch nur die erscheinen, welche durch den die Sache treffenden Schaden betroffen werden. Diese Voraussetzung liegt nun aber nicht blos vor bei den dinglich Berechtigten und bei denjenigen, welche dem an der Sache Berechtigten ersatzpflichtig sind oder ein Forderungsrecht auf die Sache ohne eventuellen Ersatzanspruch gegen den Schuldner haben. Schon früher wurden als Beispiele der Inhaber eines ius sepulcri und der filiusfamilias hinsichtlich der res peculiares angeführt. In der Lehre von der actio furti finden wir weitere Beispiele eines unabhängig von jenen Gesichtspunkten eine Person treffenden Schadens und dadurch begründeten Interesses. Der Pachter kann gegen den, qui fructus stantes subripuit, mit der actio furti klagen, quia ut primum decerptus esset, eius esse coepisset, er kann es ebenso wie der Eigenthümer, quia utriusque interest rem

persequi[61]). Nicht minder hat derjenige die actio furti, und zwar sogar gegen den Eigenthümer, welcher wegen eines Retentionsrechts ein Interesse am Behalten der Sache hat: so der bonae fidei possessor, si intersit retinere possessionem, veluti si hominem donatum noxali iudicio defendisti vel aegrum curaveris, ut adversus vindicantem iustam retentionem habiturus sis[62]), ebenso der Commodatar, si impensas necessarias in rem commodatam fecerat[63]). Wenn nun das Recht zur c. d. infecti nicht wie früher vom Eigenthum abhängt, sondern durch das Interesse begründet wird, so muß, in gleicher Weise wie die actio furti, dem Pachter und dem Retentionsberechtigten wegen der Gefahr, daß ihm durch den Einsturz des Nachbarhauses die Möglichkeit der Perception der Früchte, die Geltendmachung des Ersatzanspruchs wegen Impensen entzogen oder geschmälert wird, die Befugniß zur Cautionsforderung zugestanden werden.

21. Durch den einem Grundstück drohenden Schaden können, wie sich aus dem Bisherigen ergiebt, mehrere Personen betroffen werden, mithin können auch *mehrere Cautionsberechtigte* vorhanden sein. So lange das Recht zur Caution nur durch das Eigenthum begründet wurde, war — abgesehen von dem Fall, wo der Eine wegen des Eigenthums am Grundstück, der Andere wegen des Eigenthums an dem auf dem Grundstücke be-

61) l. 26. §. 1. l. 83. §. 1. de furt. 47. 2. Unterholzner Schuldverh. II. S. 681. N. f.
62) l. 54. §. 4. eod.
63) l. 60. eod.

ſindlichen Mobilien ſtipulirte, oder wenn die Eigenthümer verſchiedener Grundſtücke bedroht waren, in welchem Fall aber eben nicht eine Berechtigung Mehrerer in Bezug auf dasſelbe Grundſtück vorliegt — eine ſolche Mehrheit nur im Fall des Miteigenthums denkbar[64]). Da die Stipulation auf Erſatz des Schadens gerichtet iſt, von mehreren Miteigenthümern aber jeder den Schaden nur ſo weit erleidet, als ſein Eigenthumsantheil an dem Grundſtück reicht, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß die Stipulation, mag ſie von den Miteigenthümern zuſammen oder von einem einzelnen geſondert gefordert werden, ſich nur auf den Eigenthumsantheil des einzelnen bezieht: neque enim damnum quod pluribus datum est, unicuique in solidum datum est, sed in partem datum esse videtur, daher cum aedium communium nomine duo socii stipulentur, de eo dumtaxat damno caveri videatur, quod in parte aedium cuique socio datum fuerit[65]).

64) Wird die Caution von zwei Eigenthumsprätendenten gefordert, ſo muß Jedem cavirt werden. arg. l. 16. ut leg. serv. c. cav. 36. 3.

65) l. 40. §. 2. l. 18. §. 5. h. t. Nach l. 27. h. t. ſoll ſogar der einzelne Miteigenthümer, quia de suo quisque damno stipulatur, sine adiectione partis ſtipuliren müſſen: quin imo pars adiecta partis partem faciet; doch iſt dies mehr eine Warnung vor einem unnöthigen Zuſatz, der möglicherweiſe falſch verſtanden werden könnte, und hauptſächlich mit Rückſicht auf den Fall der Verpflichtung mehrerer Miteigenthümer geſagt, wo der einzelne pro sua quisque parte promittere debet, ne singuli in solidum obligentur. Wird doch nach l. 42. h. t. das Stipuliren durch

Seit der Ausdehnung der Stipulationsbefugniß auf Andere außer dem Eigenthümer können mehrere Personen mit verschiedenem Recht nebeneinander die Caution fordern. Neben dem Eigenthümer sind auch die Inhaber von iura in re berechtigt, natürlich Jeder wieder nur wegen seines eigenen Interesses, denn das damnum quod pluribus datum est ist eben nicht unicuique in solidum datum. Gerade darum ist das mehrfache Cavirenmüssen keine Härte für den Verpflichteten: nec enim iniuriam sentiet promissor, non plus cuique praestaturus quam quod eius intersit[66]). So ist, wenn Eigenthümer und Usufructuar die Caution fordern, uterque audiendus[67]); die dem Superficiar geleistete Caution schützt diesen, si quid in superficie damnum datum fuerit und daneben erlangt der Eigenthümer aus der ihm geleisteten Caution Ersatz, si solo damnum datum fuerit, ut tota superficies tolleretur, fraudabitur enim dominus soli in pensione percipienda[68]). Nicht minder kann neben dem Eigenthümer der Pachter wegen der fructus pendentes, der wegen Impensen Retentionsberechtigte, der Haussohn wegen der res peculiares die Caution verlangen. Wie aber gestaltet sich

einen servus communis so aufgefaßt, ac si ipsi domini sua voce pro partibus stipularentur.

66) l. 5. §. 2. h. t.

67) l. 5. §. 2. cit.

68) l. 39. §. 2. h. t. Ueber die Bedeutung dieser Stelle für die Frage, ob die Superficies durch Untergang des Gebäudes erlischt und die verschiedenen Auffassungen darüber vgl. Wächter das Superficiar- oder Platzrecht (Sammlung der Abh. der Mitgl. der Juristenfacultät zu Leipzig) S. 116. A. 4.

die Sache, wenn der Eigenthümer und Pfandgläubiger, Jeder für sich, die Caution fordern? Hier existiren nicht so bestimmt abgegrenzte Werthe wie z. B. beim Ususfruct, wo bei der Schätzung für den Usufructuar der Werth seines Rechts, für den Eigenthümer der Werth des Eigenthums nach Abzug des Ususfructus zu Grunde gelegt werden kann: eine solche Fixirung des Werths des Pfandrechts ist im Voraus gar nicht möglich, da es ja ganz von späteren Verhältnissen, von der Tilgung der Schuld, von der gänzlichen oder theilweisen Insolvenz des Schuldners u. s. w. abhängt, ob und in welchem Umfang der Pfandgläubiger von dem Schaden betroffen werden wird[69]). Cavirt muß Beiden werden. In Bezug auf die actio ex stipulatu steht zunächst fest, daß wenn das Pfandrecht zu dieser Zeit erloschen war, der Pfandgläubiger wegen mangelnden Interesses nicht mehr klagen kann, sowenig wie der Verkäufer nach erfolgter Tradition, der Usufructuar nach Endigung des Nießbrauchs. Sonst aber ist der Cavent dem klagenden Pfandgläubiger bis zum Betrag seiner Forderung — vorausgesetzt natürlich, daß diese nicht den Betrag des zugefügten Schadens übersteigt — Ersatz zu leisten verpflichtet, während er dem Eigenthümer nur für den Rest haftet: das dem Pfandgläubiger Geleistete, wodurch er den Eigenthümer diesem gegenüber liberirt hat, kann er dem Eigenthümer in Anrechnung bringen. Klagt hingegen der Eigenthümer auf vollen Ersatz des ihm zugefügten Schadens, so wird sich zwar der Cavent dieser Leistung an ihn nicht entziehen können, aber da er hierdurch von dem Anspruch des Pfandgläubigers nicht be-

69) Vgl. auch Dernburg Pfandrecht II. S. 392. 398.

freit wird, so braucht er die Ersatzleistung an den Eigenthümer nur gegen cautio de restituendo wegen der von Seiten des Pfandgläubigers ihm drohenden Klage vorzunehmen.

Kommt eine Mehrheit von forderungsberechtigten Personen auch in dem Fall vor, wo Jemand deßhalb berechtigt ist, weil er als Gläubiger ein Forderungsrecht auf die Sache ohne eventuellen Ersatzanspruch hat oder weil ihm als Schuldner infolge der Uebernahme des casus die Ersatzpflicht obliegt? Im ersten Fall sicher nicht. Hier steht dem Gläubiger allein der Cautionsanspruch zu, nicht auch dem obligirten Eigenthümer, da dieser von dem Schaden in keiner Weise betroffen wird: der Verkäufer, der precario emtori in aedibus esse permisit custodiamque ei afuturus tradidit, ist jetzt sowenig wie nach der Tradition berechtigt. Auch im zweiten Fall scheint der Eigenthümer durch den ersatzpflichtigen Schuldner infolge der subsidiären Natur der Caution ausgeschlossen zu sein: neben dem Miether, qui sic conduxit, ut eius periculo aedes essent, kann nicht auch der Eigenthümer zur Forderung der Caution zugelassen werden, da er ja den ihm zugefügten Schaden mit der actio locati gegen den Miether geltend machen kann. Aber doch muß diese Ausschließung des Eigenthümers wohl in ähnlicher Weise eingeschränkt werden wie bei der actio furti. Auch hier sind diejenigen klagberechtigt, quorum periculo res alienae sunt z. B. der fullo, der vestimenta polienda curandave accepit, nicht der Eigenthümer, quia domini nihil interest eam rem non perire, cum iudicio locati a fullone rem suam persequi potest. Wenn aber der fullo nicht solvent ist, mithin der Eigenthümer von

ihm Ersatz nicht erlangen kann, dann steht dem Eigenthümer wieder die Klage zu, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse, dann ist es umgekehrt der fullo, der kein Interesse hat, nam qui non habet quod perdat, eius periculo nihil est[70]). Die gleiche Erwägung macht sich unzweifelhaft bei der c. d. infecti geltend. Sollte der Hauseigenthümer mit seiner Cautionsforderung deßhalb zurückgewiesen werden können, weil ihm der Miether für jeden Schaden haftet, während ihm doch der Anspruch gegen den Miether wegen dessen Insolvenz nichts nützt? Offenbar darf man die Subsidiarität der Caution, die doch ihren Grund darin hat, daß aus Billigkeit ein Schutz gegen Nachtheil gewährt werden soll, wo es sonst an einem solchen fehlt, nicht in dem formellen Sinn verstehen, daß das bloße Zustehen einer andern Klage die Cautionsforderung als unbegründet erscheinen läßt, sondern nur so, daß sie da nicht platzgreift, wo in anderer Weise genügend für den Beschädigten gesorgt ist. Wird doch auch die subsidiäre in integrum restitutio trotz der Existenz eines ordentlichen Rechtsmittels da zugelassen, wo dieses letztere einen minder vollständigen oder sichern Schutz gewährt, indem dann der Verletzte nicht wahrhaft iure munitus ist[71]). Auch wird, wo in den Quellen von dem Ausschluß der Caution durch eine andere Klage die Rede ist, dieser Ausschluß nicht auf das Zustehen dieser andern Klage, sondern auf den Erfolg derselben, das damnum sarciri, quaeri posse gestellt[72]). Daher muß man dem Eigenthümer auch neben

70) l. 12. pr. de furt. 47. 2. §. 15. J. de obl. quae ex del. n. 4. 1.
71) l. 12. l. 13. §. 1. l. 45. §. 1. de minor. 4. 4.
72) l. 32. fi. l. 18. §. 9. h. t.

dem ersatzpflichtigen Miether das Recht auf Caution zugestehen und den Inhaber des baufälligen Hauses für zur Cautionsleistung an Beide verpflichtet erachten. Daß das dem Caventen nicht zum Nachtheil gereicht, ist nach dem Satze non plus cuique praestaturus quam quod eius intersit klar. Bei Anstellung der actio ex stipulatu muß dann der Eigenthümer durch den Beweis der Insolvenz des Miethers darthun, daß ihn der Schaden trotz der Haftpflicht des Miethers getroffen hat, während bei seinem Antrag auf Cautionsleistung nach dem Grundsatz non inquiritur utrum intersit eius diese Frage nicht zum Gegenstand der Untersuchung gemacht wird[73]).

22. Wir haben bisher die Frage nach der Berechtigung des *bonae fidei possessor* ganz außer Acht gelassen. Nur in zwei Stellen ist von ihm die Rede, in l. 11. und l. 13. §. 9. h. t., beide von Ulpian, der in beiden die dem bonae fidei possessor das Recht auf Caution absprechende Ansicht des Marcellus referirt. Wie Ulpian selbst darüber denkt, ist zweifelhaft[74]) und hängt wesentlich von der Lesart der l. 11. cit. ab. Zuvor aber eine processualische Bemerkung. Es wird hier,

73) Unzweifelhaft kann auch der Vermiether neben dem für casus haftenden Miether in der Weise stipuliren, wie es nach l. 18. §. 7. 8. h. t. der Käufer neben dem Verkäufer kann, nämlich so, daß seine Stipulation für die Zeit nach Endigung des Miethverhältnisses bezüglich der Haftung des Miethers für casus wirksam ist. Dies wird besonders wichtig für den Fall, wo diese Endigung nahe bevorsteht.

74) Vgl. über die verschiedenen Ansichten Hesse C. d. infecti S. 70 ff. Rechtsverh. I. S. 84 ff. Groh die Caution wegen zukünftigen Schadens S. 18 ff.

wie auch sonst, mit dem Begriff des b. f. possessor operirt als stände diese seine Eigenschaft fest. Natürlich behauptet aber der b. f. possessor, der sich ja in den meisten Fällen für den Eigenthümer hält, bei seinem Cautionsantrag Eigenthümer zu sein. Wird ihm vom Impetraten das Eigenthum bestritten, so kommt es jetzt nicht zur Untersuchung dieser Frage: es wird ihm nach vorgängigem iuramentum calumniae die Caution geleistet und erst bei Anstellung der actio ex stipulatu hat er den Beweis seines Rechts zu erbringen. Es kann sich also nur darum handeln, ob er mit dieser Klage durchdringt, wenn er statt des behaupteten Eigenthums nur b. f. possessio zu beweisen im Stand ist. Daher sagt Marcellus, der den Cautionsanspruch des b. f. possessor leugnet: nec in huius persona committi stipulationem, die Stipulation muß also abgeschlossen sein. Wenn in den angeführten Stellen statt des Worts b. f. possessor der Ausdruck qui bona fide a non domino emit gebraucht ist, so ist damit selbstverständlich nicht an den Fall gedacht, daß das Nichteigenthum des Stipulanten positiv feststeht[75]): wäre z. B. ein Eigenthumsstreit zwischen ihm und einem Dritten zu seinen Ungunsten entschieden, so könnte es gar nicht zweifelhaft sein, daß die ihm geleistete Caution nicht verfällt. — Auch in Bezug auf die Verpflichtung zur Cautionsleistung wird von dem, qui bona fide a non domino emit gesprochen: er soll wie der Eigenthümer nur repromissio, nicht satisdatio leisten müssen, suo

75) Von einem solchen Fall will z. B. Groh a. a. O. die citirten Stellen verstehen.

enim nomine id facit[76]). Wie wird hier die Frage, ob der Beklagte bonae fidei possessor ist, zur Entscheidung gebracht? Der obige Ausweg, daß die Entscheidung bis zur Anstellung der actio ex stipulatu hinausgeschoben wird, ist hier bei der Verpflichtung nicht denkbar, denn es handelt sich ja darum, ob der Impetrat in Form der repromissio oder satisdatio caviren muß. Nach der Bestimmung des prätorischen Edicts (l. 7. pr.) soll, si controversia erit, dominus sit nec ne qui cavebit, sub exceptione satisdirt werden, um die vielleicht weitläufige Verhandlung über das Eigenthum des Caventen abzuschneiden. Wenn nun der Cautionsforderer das Eigenthum des Gegners leugnet, liegt dann nicht dieser Fall vor? Wie vereinigt es sich damit, daß der b. f. possessor doch mit bloser repromissio abkommt? Es ist nur so zu denken, daß der Kläger, da er nicht einen Andern als wirklichen Eigenthümer kennt, sich an den Besitzer hält und diesem zwar das Eigenthum bestreitet, aber ihm doch b. f. possessio zugesteht. Denn wenn das Eigenthum gar nicht in Frage gestellt würde, so hätte der Beklagte eben als anerkannter Eigenthümer repromissio zu leisten, würde hingegen dem Beklagten jede Berechtigung schlechthin bestritten, so müßte sub exceptione satisdirt werden[77]).

76) l. 13. pr. h. t. Der b. f. possessor erkennt nicht wie der Pfandgläubiger und andere Inhaber von iura in re einen Andern als den eigentlichen Vertreter des Grundstücks an, er hält sich eben für den Eigenthümer und cavirt daher suo nomine.

77) Der Kläger würde im letztern Fall den Gegner als einen Procurator, der für den wahren Eigenthümer, also alieno nomine, caviren will, betrachten, während

Wenn hingegen der Kläger den sein Eigenthum behaupteten Beklagten wenigstens als publicianisch Berechtigten anerkennt, so erscheint dieser auch nach Angabe des Klägers nicht als einer, der für einen Andern caviren will, er cavirt suo nomine und somit durch bloße repromissio. Nur infolge des Zugeständnisses des Klägers kann demnach hier die Eigenschaft des Beklagten als b. f. possessor feststehen. Da in Bezug auf die Form der Cautionsleistung zwischen b. f. possessor und Eigenthümer ein Unterschied nicht besteht, so ist die Frage, ob der Beklagte nicht etwa doch Eigenthümer sei, hier ohne weiteres Interesse.

So kann nun auch auf Seiten des Cautionsforderers dessen b. f. possessio durch Zugeständniß des Gegners anerkannt sein. Hier fragt es sich aber, ob dieses Zugeständniß bezüglich in dessen Ermangelung der Beweis der b. f. possessio zum Sieg mit der actio ex stipulatu genügt[78]). Vom Standpunkt der alten Anschauung, nach welcher zunächst nur der Eigenthümer des Schutzes durch die c. d. infecti genießt, ist die Verneinung nicht unbegründet. Wir haben gesehen, daß die Ausdehnung dieses Rechtsmittels auf den Usufructuar

dieser, da er sich für den Eigenthümer ausgiebt, suo nomine zu caviren behauptet: diese Differenz wird, da es jetzt zu einer Untersuchung der Eigenthumsfrage nicht kommen kann, gelöst durch das satisdare sub exceptione.

78) Die Frage ist natürlich auch für den Eigenthümer wichtig, da er im Fall der Verneinung bei Anstellung der Klage den Beweis des ihm geleugneten Eigenthums erbringen muß und nicht schon mit dem Beweis des publicianischen Rechts durchdringt.

und Superficiar doch immer unter den Gesichtspunkt der Uebertragung eines Rechtsmittels des Eigenthümers gestellt war. In dieser Anschauung war Marcellus und im Wesentlichen auch Ulpian noch befangen. Von diesem Standpunkt aus kann man aber in der That zweifeln, ob der bloße b. f. possessor als stipulationsberechtigt anzuerkennen ist. Diejenigen, welche die Berechtigung des b. f. possessor vertheidigen, legen das Hauptgewicht auf ein Doppeltes. Einmal darauf, daß nach l. 18. pr. h. t. die stipulatio ei competit, cuius in bonis res est und in l. 49. de V. S. das in bonis mit auf die b. f. possessio bezogen wird. Mit Recht bemerkt dagegen Bachofen (S. 114.), daß der Ausdruck in bonis in den verschiedenen Theilen des Edicts verschieden ausgelegt wurde und die für den einen Fall gegebene Auslegung für den andern keine Bedeutung hat und daß sie vollends unanwendbar wird gegenüber dem selbstgewählten Ausdruck eines Juristen. Wäre dieser Ausdruck wirklich so entscheidend, wie man annimmt, dann hätte Marcellus unmöglich dem b. f. possessor das Recht absprechen können. Wichtiger ist das andere Moment, daß seit Einführung des Schutzes des b. f. possessor durch die actio Publiciana ihm eine Reihe von Rechtsmitteln zugestanden worden ist, die ursprünglich nur dem Eigenthümer gegeben waren. Das Gleiche, sagt man, müsse auch in Bezug auf die c. d. infecti gelten. Wie wenig aber in dieser Hinsicht von einer Klage auf die andere geschlossen werden darf, wie vielmehr in Gemäßheit des interpretativen Geistes der römischen Jurisprudenz jedes einzelne Institut nach seinen besondern Regeln beurtheilt und aus sich selbst entwickelt wird, ist bekannt genug. Marcellus kennt nicht weniger

als Ulpian die Uebertragung von Rechtsmitteln des Eigenthümers auf den b. f. possessor und doch versagt er diesem das Recht auf die Caution[79]). Und derselbe Ulpian, der die durch die lex Aquilia nur dem Eigenthümer gegebene Klage dem b. f. possessor gestattet (l. 11. §. 8. l. 7. pr. D. 9. 2.), leugnet in l. 2. §. 1. de relig. 11. 7. dessen Recht zur Anstellung der actio in factum wegen illatio mortui mit Berufung darauf, daß das prätorische Edict[80]) von einem inferre in locum alterius spreche und darunter nur der Eigenthümer verstanden werden könne[81]). Von einem consequenten gleichmäßigen Verfahren hierbei ist also nicht die Rede, es hängt vielmehr Alles von der besondern historischen Entwicklung bei den einzelnen Klagen ab. Wir können daher vom Standpunkt Ulpians aus in der That nicht die Analogie der Uebertragung anderer ursprünglich dem Eigenthümer gegebener Klagen auf den b. f. possessor benutzen, um die Frage zu beantworten, ob Ulpian den b. f. possessor für cautionsberechtigt gehalten hat. Es handelt sich hier nicht darum, was Ulpian consequenterweise hätte meinen müssen, sondern was er gemeint hat.

Betrachten wir nach dieser Vorbemerkung die beiden vom b. f. possessor sprechenden Stellen. Die Er-

79) Hesse C. d. inf. S. 76. schiebt dies auf eine Vergeßlichkeit des Marcellus: er vergesse, daß das Rechtsverhältniß dieser Personen ein ganz andres geworden sei, seit sie dingliche Klagen vom Prätor erhalten!

80) Nicht Aristo, wie Hesse a. a. O. S. 75. sonderbarer Weise meint.

81) Nach Hesse a. a. O. S. 75. soll sich hier wieder Ulpian nicht erinnert haben, daß der b. f. possessor die actio Publiciana anstellen darf.

klärung der l. 13. §. 9. ist bedingt durch den Sinn der l. 11.: hat Ulpian in der letzteren den b. f. possessor als berechtigt anerkannt, so enthält die erstere nur eine Bemerkung über die abweichende Ansicht des Marcellus, deren Widerlegung es nach dem in l. 11. Bemerkten[82]) nicht bedurfte; im andern Fall wird man das Gewicht nicht verkennen dürfen, welches dem Umstand zukommt, daß Ulpian die den b. f. possessor für unberechtigt erklärende Meinung des Marcellus zweimal ohne Widerlegung anführt.

In der l. 11. hatte Ulpian zunächst die Frage aufgeworfen, ob der Pfandgläubiger suo oder alieno nomine cavire, also bloße repromissio oder satisdatio leisten müsse. Für jenes sprach, daß er ius suum tuetur, für dieses, daß er dominus non est. Daß Ulpian sich für letzteres entscheidet, wissen wir aus l. 15. §. 25. h. t. In unserer Stelle giebt er eine Antwort nicht, sondern geht auf die umgekehrte Frage nach dem Recht des Pfandgläubigers zur Forderung der Caution, die bei Marcellus behandelt werde, über. Et ait Marcellus inutiliter ei caveri: idemque de eo cavendum (statuendum) qui non a domino emit: nam nec in huius persona committi stipulationem. Nach diesem Referat giebt Ulpian seine eigene Ansicht dahin ab:

aequissimum tamen puto *huic* prospiciendum, *id est creditori*, per stipulationem.

Allerdings sieht der Zusatz ‚id est creditori' sehr wie ein Glossem aus, und Anton Faber (Conject. II.

82) Beide Stellen sind aus Ulpians lib. 53. ad edictum entnommen.

17.) will ihn ohne Weiteres streichen. Nach Haloanders Angabe fehlt er in manchen Handschriften, die Florentina aber hat diese Worte. Mommsen[83]) will statt derselben lesen: item creditori, so daß Ulpian ausdrücklich zunächst den b. f. possessor und dann den Pfandgläubiger als berechtigt anerkennen würde. Dann wäre natürlich jeder Zweifel beseitigt. Aber eine solche Aenderung ist, wenn nicht dringendere Gründe als hier zum Abgehen von dem beglaubigten Text nöthigen, doch immer bedenklich. Behält man die Lesart der Florentina bei, so ist jedenfalls sicher, daß Ulpian nicht ausdrücklich dem b. f. possessor das Recht auf die Caution giebt. Mehr erreicht man aber auch nicht, wenn man den Zusatz id est creditori als Glossem unberücksichtigt läßt. Zwar meint Hesse[84]), daß man ohne jenen Zusatz das huic unzweifelhaft auf den unmittelbar vorher genannten b. f. possessor, nicht auf den vorher erwähnten creditor pignoraticius beziehen müsse. Das ist jedoch keineswegs zuzugeben. Hesse übersieht, daß der Pfandgläubiger und dessen Berechtigung den eigentlichen Gegenstand der Untersuchung und die Erwähnung des b. f. possessor nur einen untergeordneten Theil in der Argumentation des Marcellus bildet: der Pfandgläubiger hat das Recht nicht, wie es auch der b. f. possessor nicht hat. Und welches sonderbare Abspringen vom vorgesteckten Ziel würde man bei dieser Annahme dem Ulpian zum Vorwurf machen müssen. Er geht von der Cautionspflicht des Pfandgläubigers aus:

83) S. schon Reizenstein Diss. Num b. f. possessori deneganda sit d. inf. stipul. Mon. 1830. §. 11.
84) C. d. infecti S. 77. Rechtsverh. I. S. 88.

die Frage danach beantwortet er indirect durch Aufwerfen der anderen nach dem Recht des Pfandgläubigers, und diese Frage soll er wieder nicht beantworten, sondern von dem Recht des b. f. possessor sprechen und nur indirect dadurch, daß er diesem das Recht giebt, das gleiche Recht auch in der Person des Pfandgläubigers anerkennen! Wenn sonach das huic auch ohne den Zusatz id est creditori sich nur auf den Pfandgläubiger bezieht, Ulpian also nicht ausdrücklich dem b. f. possessor die Befugniß zur c. d. infecti zugesteht, so bleibt nur noch die Frage, ob nicht trotzdem, wie Marcellus das Nichtrecht des Pfandgläubigers in Parallele mit dem Nichtrecht des b. f. possessor bringt, so vom Standpunkt Ulpians aus der Anerkennung des Rechts für den Pfandgläubiger auch die des Rechts des b. f. possessor folgt. Nach dem zuvor Bemerkten sind wir zu einem solchen Schluß nicht berechtigt. Wir sind dies noch weniger im Hinblick auf die l. 13. §. 9. h. t., in der Ulpian speciell vom Recht des b. f. possessor spricht. Da er bisher dessen Recht nicht ausdrücklich anerkannt hatte, so war es, wenn er ihn überhaupt für berechtigt hielt, jetzt am Platz, ja nothwendig geboten, sich in unzweideutiger Weise für seine Berechtigung auszusprechen. Was thut er statt dessen? Nachdem er im vorhergehenden Paragraphen gesagt hat, daß die Stipulationsbefugniß des Superficiars und Usufructuars heutzutage feststehe, fährt er fort:

> Sed ei, qui bona fide a non domino emit, damni infecti stipulationem non competere Marcellus ait.

Wie ist es möglich, in dieser Stelle das Referat

einer von Ulpian gemißbilligten Ansicht des Macellus, ja den Ausdruck des Tadels gegen Marcellus und die stillschweigende Aufstellung der entgegengesetzten Ansicht zu erblicken? Das „Sed“ soll nach Hesse[85]) die Verwunderung Ulpians darüber ausdrücken, daß, obgleich zu seiner Zeit die über Berechtigung sogar des Superficiars und Usufructuars kein Zweifel bestehe, Marcellus hinsichtlich des b. f. possessor dennoch bei der alten Ansicht stehen geblieben sei. Ulpian soll die schon in l. 11. cit. erwähnte Ansicht des Marcellus gleich nach seinem eigenen Ausspruch über den Superficiar und Fructuar wiederholt haben, um recht deutlich die Sonderbarkeit derselben zu zeigen! Man kann die Bemerkung Bachofens, daß diese Ungereimtheit ein völliges Verkennen der Bedeutung des Citirens verberge, nicht für zu hart halten. Die ganze Argumentation fußt auf der Voraussetzung, daß Ulpian in l. 11. cit. die Meinung des Marcellus auch hinsichtlich des b. f. possessor verwerfe. Da, wie wir gesehen haben, die Richtigkeit dieser Voraussetzung mindestens zweifelhaft ist, so darf man sie sicherlich nicht zur Grundlage nehmen, um die an sich zweifellose Bedeutung einer andern Stelle in ihr directes Gegentheil zu verwandeln. Wäre uns die l. 13. §. 9. allein überliefert, so würde Niemand auch nur einen Augenblick zweifeln, daß dem b. f. possessor von Ulpian ebenso wie von Marcellus das Recht auf die Caution abgesprochen werde; mithin können wir sie umgekehrt zur Bestätigung des schon aus andern Gründen sich ergebenden Resultats hinsichtlich des Sinns der l. 11. benutzen.

85) C. d. infecti S. 79. Rechtsverh. I. S. 93.

Trotzdem müssen wir den b. f. possessor als stipulationsberechtigt anerkennen. So lange die Caution als ein Rechtsmittel des Eigenthümers betrachtet wurde, welches man nur allmählich auch einzelnen andern Personen gewährte, war es lediglich eine thatsächliche Frage, ob die Entwicklung auch zur Anerkennung der Berechtigung des b. f. possessor führte. Sobald aber, wie es bei Paulus geschieht, das Princip zum Durchbruch kommt, daß derjenige den Anspruch auf Sicherung gegen den drohenden Schaden hat, der von dem Schaden betroffen wird, kann dem b. f. possessor das Recht nicht mehr versagt werden. Daß er durch Beeinträchtigung der Vortheile, die ihm die b. f. possessio gewährt, einen Vermögensschaden erleidet, ist klar: wie könnte ihm sonst die actio legis Aquiliae gegeben sein[86]). So lange er in dem unbestrittenen Verhältniß der b. f. possessio zum Grundstück steht, ist er es, der von dem dem Grundstück zugefügten Schaden betroffen wird: die Schätzung dieses Schadens würde dann ganz in der Weise vorzunehmen sein wie wenn der Kläger Eigenthümer wäre. Die Gefahr einer doppelten Ersatzleistung, wie sie z. B. im Fall der actio legis Aquiliae hingesehen auf ein späteres Auftreten des wahren Eigenthümers denkbar ist[87]),

86) Die Bemerkung Ulpians in l. 1. §. 1. de servo corr. 11. 3., daß der b. f. possessor kein Interesse habe (er könne nicht mit der actio servi corrupti klagen, quia nihil eius interest, servum non corrumpi: et sane, si quis hoc admiserit, eveniet, ut duobus actio servi corrupti competat) ist in dieser Allgemeinheit unrichtig: giebt doch Ulpian selbst ihm die auf dem Interesse beruhende actio furti. l. 10. l. 52. §. 10. de furt. 47. 2.

87) Vgl. Mommsen Beitr. z. Obligationenrecht II. S. 242 ff.

liegt hier nicht vor, denn dem Eigenthümer, der sich vor Eintritt des Schadens nicht durch Forderung der c. d. infecti sicher gestellt hat, steht ein Ersatzanspruch nicht zu[88]). Tritt aber, nachdem bereits dem b. f. possessor Caution geleistet ist, der Eigenthümer vor Eintritt des Schadens mit dem Anspruch auf Caution auf, so muß der Beklagte allerdings diesem Verlangen nachkommen, er kann es aber auch unbedenklich, da er auch hier der Gefahr einer doppelten Ersatzleistung nicht ausgesetzt ist[89]). Sobald demjenigen, der sich für den Eigenthü-

88) Der siegende Eigenthümer hat nur gegen den b. f. possessor den Anspruch auf Cession der durch den Eintritt des Schadens bereits begründeten actio ex stipulatu bezüglich auf Herausgabe des dem bonae f. possessor infolge der Caution Geleisteten, soweit nicht etwa der b. f. possessor wegen seines Retentionsrechts noch interessirt ist. Es gilt hier im Wesentlichen dasselbe wie bei der cautio usufructuaria nach l. 3. §. 4. usufr. quemadm. cav. 7. 9. Wenn nach dem Verkauf des usufructuarischen Objects der Nießbrauch endet, so kann weder der frühere Eigenthümer klagen, weil er kein Interesse mehr hat, noch der neue Eigenthümer, weil stipulatio ad eum non pertinet. Letzterer muß sich alia cautione prospicere. Einen Anspruch auf Cession der an sich bei Endigung des Nießbrauchs begründeten Klage auf Restitution hat er nicht, weil wegen Mangels des Interesses in der Person des Verkäufers dieser Anspruch gar nicht mehr entsteht. Anders aber wäre es, wenn zur Zeit der Uebertragung des Eigenthums die Stipulation bereits verfallen gewesen wäre: dann ist die actio ex stipulatu in der Person des Verkäufers bereits begründet gewesen und er muß sie dem Käufer cediren.

89) Was im Fall des Auftretens zweier Prätendenten, die

mer hält, ein Anderer mit der gleichen Behauptung gegenübertritt, ist der Anspruch eines Jeden auf Ersatz des gesammten der Sache zugefügten Schadens von dem Beweis abhängig, daß er der wirklich Berechtigte ist. Erfolgt der Schaden erst zu einer Zeit, wo der Eigenthumsstreit zwischen den beiden Stipulanten schon entschieden ist, so kann natürlich nur der Sieger den Ersatzanspruch in vollem Umfang geltend machen; schwebt zur Zeit des Verfalls der Stipulation der Proceß noch, so wird der beklagte Cavent seine Leistung hinausschieben bezüglich durch Deposition der Ersatzsumme sich von den Ansprüchen beider befreien oder auch durch Leistung an den Einen gegen cautio de restituendo sich gegen die nochmalige Leistung sichern können. Demnach ist es durchaus unbegründet, wenn Reinhard[90]) den b. f. possessor deshalb für unberechtigt erklärt, weil in seiner Person die Voraussetzung der Verletzung eines wohlerworbenen Rechts, eines auf ausreichender Basis festbegründeten rechtlichen Interesses fehle und weil es bei der gegentheiligen Annahme vorkommen könne, daß ein solcher Anspruch zweifach mit Erfolg erhoben würde. Uebrigens kann selbst der im Eigenthumsproceß unterliegende b. f. possessor mit der actio ex stipulatu in beschränktem Um-

in Bezug auf dasselbe Legat den Anspruch auf cautio legatorum servandorum causa erheben, gesagt wird — utrisque satisdatur, nec onerari heredem, cum possit eosdem fideiussores ad utramque stipulationem adhibere, qui et ipsi non onerantur, cum futurum sit, ut uni tenerentur l. 16. D. 36. 3. —, gilt auch hier.

90) Arch. f. civil. Prax. XXX. S. 239. 240. Vgl. dagegen auch Hesse Rechtsverh. I. S. 87.

fang Ersatz erlangen, nämlich insoweit als ihm durch den Einsturz des Nachbargebäudes der nur durch Retention geltend zu machende Anspruch auf Ersatz der Impensen vereitelt ist[91]). Irrig ist es aber nach unseren frühern Ausführungen, wenn Hesse[92]) ein weitergehendes Recht des b. f. possessor darauf stützt, daß die stipulatio wegen damnum infectum zu den Verpflichtungen der custodia gehöre, wegen deren Unterlassung der nach der Litiscontestation für culpa haftende b. f. possessor dem Eigenthümer verantwortlich sei: denn das Nichtfordern der Caution ist nur da eine culpa, wo das Recht zur Forderung vorhanden ist, das Recht zur Forderung kann aber nicht selbst durch das Nichtfordern begründet werden[93]).

Das Resultat der Entwicklung des römischen Rechts hinsichtlich des b. f. possessor ist demnach, daß er, weil und soweit er von dem dem Grundstück drohenden Schaden betroffen wird, mit Wirksamkeit stipuliren kann. Die Ansicht von Marcellus und Ulpian hat lediglich historische Bedeutung und erklärt sich aus dem ursprünglich beschränkten Standpunkt, wonach die c. d. infecti nur ein Rechtsmittel des Eigenthümers war — nach dem von Paulus aufgestellten Grundsatz kann ihm das Recht auf Caution nicht versagt werden.

91) Das erkennt auch Reinhard ebenso wie Hesse Rechtsverh. I. S. 94. an. In dieser Richtung hat ja der bonae f. possessor auch die actio furti und legis Aquiliae neben dem Eigenthümer, ja gegen den Eigenthümer selbst.

92) Rechtsverh. I. S. 94.

93) Vgl. oben Ziff. 20.

23. Ein nach den dargestellten Grundsätzen zur Forderung der Caution an sich Berechtigter wird — abgesehen von dem Fall, wo er durch eine andere Klage genügend geschützt wird — ausnahmsweise in zwei Fällen zur Stipulation nicht zugelassen.

L. 13. §. 7. h. t. Si quis iuxta monumentum aedificaverit vel iuxta aedificium suum monumentum fieri passus sit, de damno infecto ei postea cavendum non erit, quia rem illicitam admisit: alias autem si monumento aedificium noceat, in quo nihil sit, quod imputari possit ei, ad quem ius monumenti pertinet, cavendum est ei, ad quem ius monumenti pertinet.

Das Anlegen neuer Grabstätten mußte in einer gewissen Entfernung von den Gebäuden erfolgen[94]). Der Eigenthümer kann den gegen diese Bestimmung Handelnden durch operis novi nuntiatio hindern: hat er das nicht gethan und wissentlich die Errichtung des sepulcrum geduldet, so soll er nach l. 3. de mort. infer. 11. 8. keine Klage haben, nur das interdictum quod vi aut clam, wenn dessen Voraussetzungen vorhanden sind, steht ihm zu. Daher kann er, wenn ihm von dem sepulcrum, dessen Errichtung er geduldet hat, Schaden droht, auch keine c. d. infecti fordern, quia rem illicitam admisit. Nicht minder muß ihm dieser Schutz versagt sein, wenn er selbst in der Nähe eines schon errichteten Grabmals ein Gebäude aufführt: wie in dem vorhergehenden §. 6. von den Miethern, qui ab initio vitio-

94) Nach den XII Tafeln ist verboten rogum bustumve novum propius LX pedes adici aedes alienas invito domino. Cicero de legg. II. 24. §. 61.

sas aedes conduxerunt, gesagt wird: habent quod sibi imputent, so läßt sich auch hier dem Eigenthümer der Vorwurf der eignen Verschuldung machen, während natürlich ein solcher Vorwurf den Inhaber des monumentum, in dessen Nähe das später baufällige Gebäude errichtet worden ist, nicht trifft, ihm also die Caution geleistet werden muß. Selbstverständlich kann diese Bestimmung nicht dahin verallgemeinert werden, daß auch der in der Nähe eines bereits baufälligen Hauses ohne Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen über den zwischen zwei Gebäuden einzuhaltenden Zwischenraum Bauende die Caution nicht verlangen könne, weil er es sich selbst zuschreiben müsse, daß ihn der Schaden trifft. Sie gilt nur für den Fall, daß etwas Unerlaubtes gethan oder zugelassen ist[95]).

95) Unmöglich kann mir, wenn in der Nähe meines Grundstücks, auf dem ich bauen will, ein baufälliges Haus existirt, das Recht entzogen sein, für das Grundstück und das auf demselben errichtete Gebäude die Caution zu fordern: das stände factisch einer Verkürzung meiner Baubefugniß gleich. Ich würde sonst auch dann kein Recht auf die Caution haben, wenn ich mir in der Nähe eines solchen baufälligen Gebäudes ein Haus kaufte (Hesse II. S. 7. freilich behauptet, daß das so sei!). Ebensowenig kann die Forderung der Caution dadurch ausgeschlossen sein, daß man eine gefährdende Anlage des Nachbars zugelassen hat, sofern nicht die Voraussetzungen eines wirklichen Verzichts vorliegen: es würde sonst die Caution wegen vitium operis immer gleich beim Beginn des opus gefordert werden müssen. Demnach ist in dieser Allgemeinheit die Behauptung unrichtig (Vangerow III. §. 678. Anm. X. 3., Groh S. 24., Hesse I. S. 68.): derjenige dürfe die Caution nicht fordern, welcher selbst das gefährdete

Eine zweite gleichfalls innerlich wohlbegründete Ausnahme stellt Ulpian im Anschluß an Julian in l. 13. §. 11. h. t. auf:

— Julianus scribit: is qui vitiosis aedibus cesserit, si integras retinuerit, numquid improbe ab eo, qui vitiosas aedes coepit possidere (nämlich infolge der wegen Nichtleistung der Caution von Seiten Jenes verfügten missio in possessionem), cautionem exigit, cum ideo possessionem amiserit, quia ipse damni infecti satis non dederat? et sane parum probe postulat ab eo caveri sibi earum aedium nomine, quarum ipse cavere supersedit: quae sententia vera est.

Wer selbst dem Gegner die Caution verweigert und infolge davon das Eigenthum an dem schadendrohenden Grundstück verloren hat, der hat nicht das Recht, von diesem wegen des Schadens, der einem andern ihm gehörigen Grundstück durch die Vitiosität desselben Gegenstands droht, Caution zu verlangen[96]).

§. 1678 b.

b. Cautionspflichtige Personen.

24. Wer ist verpflichtet, die Caution auf Anfordern des Berechtigten zu leisten?

Gebäude in dem Bewußtsein der drohenden Gefahr errichtet und sich durch eigne Schuld in die gefährliche Lage gebracht habe. — Vgl. auch Donell XV. 47. §. 6., Wening Civilrecht §. 286. (223.), Mühlenbruch Pand. §. 459. S. auch oben Ziff. 19. Anm. 19.

96) S. auch unten Ziff. 42. Anm. 84.

Nothwendigerweise begründet es einen Unterschied, ob die Caution gefordert wird wegen einer Thätigkeit auf einem Grundstück oder wegen eines Zustands des Grundstücks, mag dieser Zustand selbst durch menschliche Thätigkeit oder unabhängig davon entstanden sein. Der Grund, der zur Cautionsleistung verpflichtet, ist auch für die Bestimmung der Person des Pflichtigen entscheidend. Mit Recht unterscheidet daher schon Donellus[97]) die beiden Fälle: si agitur de opere quod instituitur und si de aedibus aut opere iam constituto agitur. Betrachten wir zunächst den ersteren Fall.

Bereits früher (Ziff. 13. 14. 15.) ist ausgeführt worden, daß da, wo der befürchtete Schaden von einer Thätigkeit droht, eben nur den Thäter die Pflicht zur Cautionsleistung treffen kann. Es bedarf das keiner ausdrücklichen Quellenzeugnisse. Der Zwang zur Cautionsleistung ist kein directer. Der indirecte Zwang durch missio in possessionem, der da, wo wegen eines gefahrdrohenden Zustands des Grundstücks cavirt werden soll, platzgreift, ist hier nicht anwendbar, der Nachtheil für den Nichtcavirenden kann nur darin bestehen, daß ihm die Vornahme der Handlung untersagt wird: ein solches Verbot hat aber einen Sinn nur gegenüber demjenigen, der die Handlung vornehmen will, Einem, der gar nichts thut, die Verpflichtung zur Caution auflegen unter der Androhung, daß er sonst nicht thun dürfe, wäre sinnlos. Ob die Thätigkeit auf eignem oder fremdem Grundstück unternommen wird, ist hierfür gleichgiltig. In den meisten Fällen wird dies nicht zweifelhaft sein. Da, wo das bedrohte Grundstück dasselbe

97) Comm. iur. civ. Lib. XV. cp. 47.

ist, auf dem auch das schadendrohende opus gemacht wird, braucht der Eigenthümer den kraft dinglichen oder persönlichen Rechts zu einem solchen facere an sich Berechtigten nur gegen vorgängige Cautionsleistung zuzulassen[98]): hier ist die Cautionspflicht in der Person eines Andern als des Thäters überhaupt nicht denkbar. Ist das bedrohte Grundstück ein andres als das, auf welchem die Thätigkeit vorgenommen wird und ist der Eigenthümer des letzteren Grundstücks selbst der Thäter[99]), so unterliegt es natürlich wieder keinem Zweifel, wer der Cautionspflichtige ist, nur daß eben hier seine Eigenschaft als Thäter, nicht als Eigenthümer in Betracht kommt; wenn aber nicht der Eigenthümer, sondern ein Andrer, z. B. der Miether, der Servitutsberechtigte, der nach vorgängiger Cautionsleistung zur Ausgrabung des Schatzes Berechtigte es ist, von dessen Thätigkeit der Nachbar Schaden befürchtet? Man sollte meinen, daß auch hier ein Zweifel über die Person des Cautionspflichtigen nicht möglich wäre. Der Schaden droht von einer einzelnen Handlung, nicht von einem Zustand des Grundstücks, der Nachtheil, der den Nichtcavirenden trifft, besteht in der Verhinderung der Handlung: wer anders kann für den Schaden einstehen müssen als der, welcher die Handlung vornimmt? Trotzdem ist in der Praxis, auch in der der Juristenfacultäten, diese einfache

98) So wenn der Servitutberechtigte den Weg repariren, die Vorrichtung zur Wasserleitung anlegen will, wenn der Eigenthümer des auf dem Grundstück vergrabenen Schatzes die Gestattung der Ausgrabung verlangt.

99) Z. B. wenn durch die Benutzung des furnum secundum parietem, durch das tam alte fodire dem Nachbarhaus ein Schaden droht.

Sachlage verkannt worden, was wieder mit dem Mangel einer gehörigen Scheidung der beiden Cautionsfälle zusammenhängt. In dem von Hesse (Rechtsverh. I. S. 298 ff.) mitgetheilten Rechtsfall, wo von dem Miether wegen der durch die Betreibung des Büchsenmachergewerbes hervorgerufenen Erschütterungen des Nachbarhauses Caution gefordert wird, sprechen die Facultäten zu Halle und Göttingen aus, daß nach den Quellen eine c. d. infecti durchaus nur von dem Eigenthümer des Grundstücks und den Inhabern von iura in re verlangt werden könne, mithin ein Anspruch gegen denjenigen, der nur als Miether das benachbarte Haus innehabe, für schlechthin unstatthaft zu erachten sei, und das Urtheil der Facultät zu Jena, welches den Anspruch gegen den Miether allerdings für zulässig erklärt, stützt sich auf den falschen Grund, daß die Cautionspflicht nicht nur denjenigen obliege, der ein dingliches Recht am schädlichen opus habe, sondern allen, qui modo eam rem possideant teneantve suo iure, ut si opus est possint stipulanti possidere iusso ea re cedere: es ist dabei nicht bedacht, daß diese Worte des Donell sich gar nicht auf das opus quod instituitur, sondern auf den Fall si de aedibus aut opere iam constituto agitur beziehen und daß von einem dinglichen Recht am schädlichen opus da nicht die Rede sein kann, wo das opus in einer Thätigkeit wie in dem Betrieb eines Gewerbes besteht[100]). Es bedarf zur Widerlegung des

100) In richtiger Weise unterscheidet das O.-A.-Gericht zu Jena (bei Hesse S. 306.) die beiden Fälle der Caution, wegen vitium aedium und wegen facere und giebt im letzteren Fall die Caution gegen den Thäter, in concreto gegen den Miether. Falsch ist

Satzes, daß nur die am Grundstück dinglich Berechtigten nach den Quellen cautionspflichtig seien, kann des Hinweises auf die Caution wegen eines opus in publico und auf diejenige, welche die Voraussetzung für den Schutz des an sich erlaubten facere in alieno privato bildet. Kurz in allen den Fällen, wo der Grund der Cautionsforderung nicht ein Zustand des Grundstücks, sondern die Thätigkeit einer Person ist, ist es lediglich der Thäter, der ohne Rücksicht auf sein Rechtsverhältniß zu dem Grundstück als cautionspflichtig in Anspruch genommen werden kann. Haftet danach der Eigenthümer, auf dessen Grundstück von einem Andern z. B. dem Miether die den Nachbar bedrohende Thätigkeit vorgenommen wird, gar nicht? Sicherlich kann auch er cautionspflichtig sein, nämlich dann, wenn diese Thätigkeit sich in Wahrheit auf seinen Willen zurückführen läßt, wenn er den Auftrag dazu gab, wenn er sie ausdrücklich gestattete oder wenn er sie doch nicht hinderte, wo er sie hindern konnte[1]); aber dann ist es eben nicht seine Eigenschaft als Eigenthümer, sondern seine Thäterschaft, die ihn als den rechten Beklagten erscheinen läßt, und wie der Nachtheil des Nichtcavirens auch hier nicht die

es nur, wenn der hiergegen erhobene Einwand, es sei eine missio in possessionem gegen den Detentor nicht denkbar, damit widerlegt wird, daß ja eine Separation der Vorrichtung vom Grundstück möglich sei und nach heutigem Proceßrecht auch andere Mittel zur Erzwingung der Caution sich als anwendbar zeigen könnten: von missio in possessionem ist hier überhaupt, auch nach römischem Recht, nicht die Rede, sondern nur durch Verhinderung des facere wird der Zwang zur Leistung der Caution geübt.

1) S. oben Ziff. 15. i. Anf.

missio in possessionem, sondern das Verbot der weiteren Thätigkeit vor Leistung der Caution ist, so kann der Eigenthümer vor die Alternative, entweder für das Thun auf seinem Grundstück einzustehen oder weder selbst zu thun noch einen Andern thun zu lassen, nicht als Eigenthümer, sondern nur als Urheber des Thuns gestellt werden.

Da wo das opus in Handlungen besteht, die eine Umgestaltung der Bodenverhältnisse, die Herstellung eines opus im Sinn von Anlage nicht bezwecken, bietet die Frage nach der Person des Cautionspflichtigen eine weitere Seite der Betrachtung nicht dar. Ist die Handlung, wegen deren man Caution fordern konnte, ohne Caution zugelassen worden, so ist, wenn es sich nicht etwa um ein fortdauerndes facere handelt, der rechte Zeitpunkt versäumt[2]). Anders da, wo das facere mit der Herstellung einer Anlage abschließt. Von wem kann, wenn nicht durch die Thätigkeit als solche, sondern durch das *opus perfectum* der Schaden droht, die Caution gefordert werden? Ist der Anspruch schon vor der Vollendung des opus dem Thäter gegenüber erhoben und von diesem, damit er die rechtlich geschützte Möglichkeit der Vornahme des opus erlange, die Caution geleistet worden, so versteht es sich von selbst, daß die Verpflichtung aus der Caution sich auch auf den Ersatz des

2) Da die Handlung, die Ursache des drohenden Schadens, der Vergangenheit angehört, so ist jetzt die Voraussetzung für die Forderung der Caution nicht mehr vorhanden: nachdem der thesaurus auf meinem Grundstück ausgegraben, das vi fluminis Angetriebene weggeholt ist, ist für eine Caution wegen des Ausgrabens und Wegholens kein Raum mehr.

durch das opus perfectum später zugefügten Schadens bezieht. Dafür ist es dann, wenn nur überhaupt der Schaden eben in der früheren Thätigkeit seinen Grund findet, auch gleichgiltig, ob der Cavent noch im Besitz der vollendeten Anlage ist oder nicht. Wer ein opus in publico macht, in flumine publico, in litore maris, in via publica, der muß operis nomine caviren, hoc est operis quod facit, aber die Caution umfaßt nicht blos den während der Thätigkeit, sondern auch den infolge derselben später eintretenden Schaden: sed quod dictum est ‚operis vitio' sic accipiendum est, (etiam si proponas) non tantum tempore quo opus fit, sed etiam si postea contingat: quid enim si ideo, quia male aedificatum erat, corruit[3])? Wie aber, wenn die Caution erst nach Vollendung des opus gefordert wird? Ist es auch hier der Thäter, gegen den der Anspruch zu erheben ist? So sicher für die Caution wegen facere der Thäter und nur er der rechte Beklagte ist, so sicher ist es, daß der Anspruch auf Caution wegen des durch das opus iam factum drohenden Schadens gegen ihn nicht geltend gemacht werden kann. Das Argument, welches uns bewies, daß wegen eines facere nur der Thäter belangt werden kann, war: der indirecte Zwang zur Leistung der Caution besteht hier darin, daß dem Nichtcavirenden das facere untersagt wird, dieser Zwang und die Alternative, zu caviren oder das facere zu unterlassen, hat einen Sinn nur gegenüber demjenigen, der überhaupt das facere vornehmen will. In gleicher Weise beweist die Art des Zwangs, welche bei Verweigerung der wegen vitium operis iam facti geforder-

3) l. 24. pr. fi. h. t.

ten Caution platzgreift, daß nicht der Thäter cautionspflichtig sein kann. Da hier nicht eine noch vorzunehmende Handlung in Frage ist, so kann der Zwang natürlich nicht in einem Verbot der Handlung bestehen, sondern die Folge des Nichtcavirens ist wie beim vitium aedium die missio in possessionem, die schließlich dazu führt, daß der Renitente sein Recht am Grundstück verliert: ein solcher Zwang ist dem blosen Thäter gegenüber illusorisch, die Alternative zu caviren oder das Recht am Grundstück aufzugeben, kann demjenigen nicht gestellt werden, der gar kein Recht am Grundstück hat. Wo es der Zustand des Grundstücks ist, der Gefahr droht und den Grund der Cautionsforderung bildet, da kann nur derjenige cautionspflichtig sein, der diesen Zustand zu vertreten hat. Das ist aber, einerlei wer der Urheber der schadendrohenden Anlage gewesen, in erster Linie der Eigenthümer; ist die Anlage gegen seinen Willen gemacht, so mag er seinen Regreß an den Thäter nehmen, der Bedrohte hält sich an ihn. Hat z. B. der Pachter meines Landguts mit oder ohne Erlaubniß eine Scheune errichtet und sie so schlecht gebaut, daß der Nachbar den Einsturz derselben fürchtet, so bin ich es, gegen den der Anspruch auf Cautionsleistung gerichtet werden kann und muß, nicht der Pachter; ob das Gebäude durch Alter schadhaft geworden oder ob die gefahrdrohende Beschaffenheit in der von Anfang an vorhandenen mangelhaften Construction ihren Grund hat, immer ist es der Zustand des Grundstücks, nicht mehr die Thätigkeit einer Person, weshalb die Caution gefordert wird. Natürlich können sich auch beide Fälle combiniren und die Caution zugleich wegen vitium operis quod quis facit und wegen vitium operis iam facti

verlangt werden. Wenn mein Pachter nahe an der Grenze eine Vertiefung gemacht hat und mit weiterem Graben fortfährt, so kann der Nachbar, der daraus Gefahr für sein Haus fürchtet, sowohl dem Pachter wie mir gegenüber die Caution impetriren, jenem gegenüber wegen des Thuns, mir gegenüber wegen des bereits Gethanen: die Wirkung des Nichtcavirens würde dort das Verbot der ferneren Thätigkeit, hier die missio in possessionem sein.

Nach dem Bemerkten ist in den beiden Fällen, wenn wegen vitium aedium wie wenn wegen vitium operis iam facti der Schaden befürchtet wird, der Grund der Cautionspflicht gleichmäßig der gefahrdrohende Zustand des Grundstücks. In beiden Fällen muß also auch in Bezug auf die Person des Pflichtigen das Gleiche gelten. Wir können uns daher im Folgenden auf den in den Quellen vorzugsweise behandelten Fall des *vitium aedium* beschränken.

Als cautionspflichtig erscheint hier zunächst der Eigenthümer. Von ihm gehen die Quellen als dem eigentlich Verpflichteten aus, er hat an erster Stelle das Grundstück zu vertreten und die Haftung für den durch seine Sache zugefügten Schaden zu übernehmen. Wie bei den Noxalklagen so liegt auch hier dem Eigenthümer die Defensionspflicht ob: der dominus vitiosarum aedium ist es, der gezwungen wird aut de damno infecto cavere aut aedibus carere, quas non defendit. Fast jedes Fragment unseres Titels liefert den Beweis, daß an ihn als den Hauptpflichtigen gedacht ist. Besonders hervorgehoben wird, daß seine Verpflichtung dieselbe bleibt, auch wenn das Eigenthum beschränkende iura in re wie Ususfruct und Superficies bestehen: wenn die

superficiaria insula vitiosa ist, muß der Eigenthümer sowohl wegen vitium soli wie wegen vitium aedificii caviren und wenn ein Andrer den Ususfructus an dem Grundstück hat, kann der Eigenthümer nur dadurch, daß er in totum repromittirt, die missio in possessionem abwenden [4]).

Eigenthümer, nach classischem Recht wenigstens bonitarischer, ist auch der missus ex secundo decreto: er tritt auch in Bezug auf die Cautionspflicht an die Stelle des früheren Eigenthümers. War also neben ihm noch ein Andrer, dem er aber in der Erwirkung des zweiten Missionsbefehls zuvorgekommen ist, durch die aedes vitiosae bedroht, so hält dieser sich jetzt an ihn und seine Weigerung hat zur Folge, daß der Andere solus erit in possessione [5]).

Ist auch der missus ex primo decreto, der nur neben dem Eigenthümer die Detention hat, cautionspflichtig? Wenn zwei Nachbarn durch dasselbe baufällige Haus bedroht sind, so fordert, auch wenn der eine von ihnen bereits ex primo decreto mittirt ist, der später Auftretende die Caution natürlich gleichfalls vom Eigenthümer. Wird auch ihm die Cautionsleistung verweigert, so wird er neben dem bereits Immittirten in den Besitz eingewiesen, beide haben jetzt neben einander mit gleichen Befugnissen die Detention so gut wie wenn sie gleichzeitig die missio in possessionem erlangt hätten: nam non spectamus ordinem, sed habebunt ambo possessionem; kommt es dann infolge fortgesetzter Hart-

4) l. 9. §. 4. 5. l. 10. h. t.
5) l. 15. §. 15. 17. h. t. S. unten Ziff. 42. bei Anm. 94. Ziff. 43. nach Anm. 7.

näckigkeit des Eigenthümers zur missio ex secundo decreto, dann aequaliter ambo aedium fiunt domini[6]). Demnach hat der zuerst Immittirte ein Interesse daran, weitere Besitzeinweisungen zu verhindern, indem ihm sonst die bisherige Ausschließlichkeit des Besitzes und die Aussicht eventuell das alleinige Eigenthum zu erwerben verloren geht. Er wird also, wenn er sich dies erhalten will, caviren müssen, und insofern als er beim Nichtcaviren einen Vortheil verliert und mithin wie andere Cautionspflichtige vor die Alternative entweder zu caviren oder einen Nachtheil zu erleiden gestellt ist, könnte man ihn als cautionspflichtig betrachten[7]). Es ist dieser Fall im prätorischen Edict ausdrücklich hervorgehoben: eius rei nomine, in cuius possessionem misero, si ab eo, qui in possessione erit, damni infecti nomine (non) satisdabitur, eum, cui non satisdabitur, simul in possessione esse iubebo (l. 7. pr. fi. h. t.). Jedoch ist dabei zu beachten, daß der Anspruch auf Cautionsleistung nicht gegen ihn erhoben und die missio nicht gegen ihn verfügt wird, vielmehr ist nach wie vor der Eigenthümer der zu Belangende, nur seine Weigerung hat die missio in possessionem zur Folge; das Nichtcaviren des missus ex primo decreto entzieht diesem die Ausschließlichkeit des Besitzes nur dann, wenn eben der Andere auch immittirt wird, diese missio aber muß gegenüber dem Eigenthümer erwirkt werden[8]). Es ist in der That nicht anders als bei Jedem, der aus irgend einem Grund in possessionem mittirt ist und

6) l. 15. §. 15. 17. cit. Ziff. 43.
7) Daß dies aber nicht der entscheidende Gesichtspunct ist, werden wir später sehen. Ziff. 25. bei Anm. 37 ff.
8) Vgl. unten Ziff. 40. i. Anf.

den Mitbesitz eines Andern verhindern will[9]). So wenig wie der legatorum servandorum causa missus ist auch der damni infecti nomine ex primo decreto missus im wahren Sinn cautionspflichtig: nur die ungeschmälerte Erhaltung seiner bisherigen Stellung hängt von seiner Cautionsleistung ab.

Dem Eigenthümer ist, auch in Bezug auf die Form der Cautionsleistung, vollständig gleichgestellt der bonae fidei possessor[10]). Da er das Eigenthum für sich in Anspruch nimmt, muß er auch die Lasten tragen, die auf dem Eigenthum liegen, er ist loco domini und cavirt als Vertreter des Grundstücks suo nomine.

Einer besondern Betrachtung bedarf die Frage, wem im Fall eines in Bezug auf das schadendrohende Grundstück schwebenden Eigenthumsstreits die Cautionspflicht obliegt. Diese Frage entscheidet die l. 39. §. 1. h. t. dahin:

> Si domus in controversia sit, dicendum est damni infecti onus possessoris esse, cum id quod praestiterit imputare domino praedii possit: quod si non caveat, possessionem ad petitorem, qui cavere[11]) damni infecti sibi velit,

9) Si alius damni infecti nomine missus sit in possessionem, alius legatorum servandorum causa, posse eum, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est, etiam damni infecti satisdare: qui si satisdederit, non aliter decedere possessione debebit, quam ei cautum fuerit etiam eo nomine, quod se damni infecti obligavit. l. 5. §. 1. ut in poss. leg. 36. 4.

10) l. 13. pr. h. t.

11) So hat nach Mommsen FY^{a}MO; Mommsen liest mit XY^{b}C caveri.

transferant [transferendam]: nam iniquum est stipulatorem compelli relicto praedio, ex quo damnum vereatur, dominum quaerere.

Da jede der Parteien Eigenthum behauptet, so scheint es, als ob der Bedrohte nach seiner Wahl den Kläger wie den Beklagten müsse in Anspruch nehmen können. Aber die Cautionsleistung fällt unter den Gesichtspunkt des rem defendere: dem Beklagten, der das commodum possessionis hat, liegt auch das onus ob, die defensio der streitigen Sache zu übernehmen, und der vom Cautionssucher zur Leistung der Caution aufgeforderte Kläger kann ihn an den Beklagten verweisen. Der cavirende Beklagte erleidet auch in keiner Weise einen Nachtheil. Siegt er im Eigenthumsproceß, so zeigt es sich ja, daß er nur eine ihm als Eigenthümer obliegende Pflicht erfüllt hat; unterliegt er, so kann er vor der Restitution an den Kläger die Abnahme der übernommenen Pflicht bezüglich Ersatz dessen, was er auf die actio ex stipulatu hin hat leisten müssen, verlangen[12]): nichts andres soll in unserer Stelle mit den Worten ‚cum id quod praestiterit imputare domino praedii possit' gesagt werden. Wenn nun der Beklagte die Cautionsleistung verweigert, dann ist possessio ad petitorem transferenda. Was heißt das? Nach

12) Es muß ihm nach l. 19. de R. V. 6. 1. vom siegenden Kläger cavirt werden ‚his rebus recte praestari' si forte fundi nomine damni infecti cavit und dieser Ausdruck bedeutet nach der Erklärung in l. 71. §. 1. de V. S.: ne quid periculum vel damnum ex ea re stipulator sentiret.

Vielen[13]) ist darunter die gewöhnliche Folge der verweigerten Caution, die missio in possessionem des Cautionssuchers zu verstehen. Gegen diese Auffassung spricht eine Reihe von Gründen. Wozu die ganze Erörterung mit dieser Motivirung, wenn nichts weiter gesagt werden sollte, als daß bei Weigerung des Cautionspflichtigen missio in possessionem erfolgt? Und die Frage, die hier von besondrer Wichtigkeit werden mußte, wäre dann gar nicht berührt, die Frage, ob denn der Kläger nun nicht das Recht habe, sein Eigenthum gegen eine derartige Beeinträchtigung zu schützen, und ob denn der Beklagte, der ja trotz der ersten Immission noch immer im Besitz blieb, ungeachtet der Nichterfüllung der mit dem commodum possessionis verbundenen Pflicht dennoch dieses commodum behalte. Natürlich muß dem Kläger die Befugniß zugestanden werden, die Vertretung der Sache, die er als die seinige in Anspruch nimmt, zu übernehmen: soll dem Beklagten die auf dem Besitz ruhende Last abgenommen und doch der Vortheil des Besitzes gelassen werden? Das ist undenkbar. Wie mit dem commodum possessionis das onus der Cautionsleistung verbunden ist, so bewirkt die Uebernahme dieses onus von Seiten des Klägers an Stelle des eigentlich pflichtigen Beklagten, daß das commodum possessionis auf den Kläger übergeht: der Beklagte, der damni infecti nomine nicht cavirt, ist wie der, der die cautio iudicatum solvi nicht leistet, einer qui rem nolit defendere und die Folge ist hier wie dort die translatio possessionis im technischen Sinn. Dieses aus

13) Z. B. Bachofen Pfandrecht S. 395. 396., Aebli S. 29.

allgemeinen Gründen sich ergebende Resultat wird auch durch den Inhalt und die Ausdrucksweise der l. 39. §. 1. cit. bestätigt. Die Bezeichnung possessionem transferre für missio in possessionem wäre, wie auch Bachofen anerkennt, ganz ungewöhnlich, ja sie wäre mehr als das, sie wäre incorrect: denn die missio ex primo decreto führt keinen Wechsel im Besitz herbei und es zeugt von der Gezwungenheit der entgegengesetzten Auffassung, wenn Bachofen dieses Bedenken damit zu beseitigen sucht, daß man nicht nothwendig an das erste Decret, welches ja nur eine Vorbereitung des in der That den Besitz übertragenden zweiten Decrets sei, zu denken brauche. Sodann beweist schon die Gegenüberstellung von possessor und petitor, daß an die Parteien im Eigenthumsproceß gedacht ist: der Ausdruck petitor wird nirgends für den Cautionssucher gebraucht und gerade hier im Gegensatz zu possessor sollte er diese Bedeutung haben? Und wie auffallend wäre der Wechsel in der Bezeichnung des Cautionsforderers: ‚wenn der possessor nicht cavirt, soll der Besitz auf den *petitor* übertragen werden, denn es wäre unbillig, daß der *stipulator* relicto praedio dominum quaerere sollte'. Der Stipulator, d. h. der, welcher die Stipulation verlangt, muß nothwendig ein Andrer sein als der petitor. Die zuletzt erwähnte Motivirung (nam iniquum est etc.) braucht sich nicht nothwendig auf das possessionem transferre zu beziehen: es ist wohl mehr von der Begründung des Satzes, daß dem Beklagten die Cautionspflicht obliegt, zu verstehen, indem der Impetrant nicht erst zu untersuchen haben soll, welche der streitenden Parteien wirklich Eigenthümer ist, so daß die Worte quodsi non caveat possessionem transferendam als

von Nutzen gewesen, so fordert die Billigkeit, daß wie am Nutzen so auch am Opfer Beide participiren — der Cavent muß gegen den Andern, falls dieser von dem Vortheil der Erhaltung seines Rechts überhaupt Gebrauch machen will, den Anspruch auf theilweisen Ersatz des zur Erreichung dieses Resultats Aufgewandten haben. Nur in diesem Fall, wo die Last auf keinem von beiden ruht, kann von einem theilweisen Ersatzanspruch die Rede sein: gerade darum aber, weil hier Jeder einen Theil der Last zu tragen hat, ist dieser Ersatzanspruch von Seiten des Caventen gegen den Nichtcavirenden stets begründet, einerlei ob der Eigenthümer oder der dinglich Berechtigte der Cavent war. Hingegen in den Fällen, wo der Eine dem Andern verpflichtet ist, die Cautionsleistung an den Bedrohten vorzunehmen, ist eine Beitragspflicht gar nicht denkbar: jener trägt die volle Last allein, dieser ist zu gar nichts verpflichtet, hat also jener cavirt, so kann er weder ganz noch theilweis Ersatz verlangen, hat der Nichtpflichtige cavirt, so haftet ihm der Pflichtige stets auf vollen Ersatz. Mithin kann, wenn in den Quellen von einem conferre zwischen dem Eigenthümer und dem dinglich Berechtigten gesprochen wird, dies sich blos auf einen solchen Fall beziehen, wo weder dem Caventen gegenüber dem Nichtcavirenden noch diesem gegenüber jenem die Pflicht zur Cautionsleistung oblag. Nur in diesem Fall kann es als eine Forderung der Billigkeit hingestellt werden, daß Beide an dem Opfer participiren und der Cavent gegen den Nichtcavirenden einen Anspruch auf theilweisen Ersatz hat. Da wo der Eine dem Andern zur Leistung der Caution obligirt ist, fordern rechtliche Grundsätze wie Billigkeit gleichmäßig, daß dem durch die Cautionslei-

stung lediglich seine Verpflichtung Erfüllenden nicht ein Theil seiner Pflicht abgenommen und auf den Berechtigten übertragen werde. Zwar ist es in diesem Fall nicht minder wahr, daß dem Nichtcavirenden sein Recht durch das Caviren des Andern miterhalten wird, indem auch er, wenn von keiner Seite cavirt würde, den Verlust seines Rechts zu erleiden hätte, aber der Unterschied zwischen diesem und jenem Fall ist eben der, daß hier ein rechtlich begründeter Anspruch auf Leistung der Caution von Seiten des Andern vorliegt.

Nachdem dies festgestellt ist, handelt es sich zunächst um die Frage: ist in dem Verhältniß zwischen Eigenthümer und dinglich Berechtigtem überhaupt der Eine dem Andern verpflichtet, dem Cautionsverlangen des Bedrohten nachzukommen und wann ist das der Fall? Die Forderung der Caution ist in dem Fall, von dem wir hier ausgehen, veranlaßt durch den schadendrohenden Zustand des Grundstücks, der unabhängig von menschlicher Thätigkeit durch äußere Ereignisse, durch Alter des Gebäudes u. s. w. entstanden ist und der durch Reparatur beseitigt werden konnte. Ist nun Einer von Beiden dem Andern zur Vornahme der Reparatur, zur Beseitigung des schadendrohenden Zustands verpflichtet, so muß er, wenn er jenes nicht gethan hat, die Folgen seiner Pflichtversäumniß auf sich nehmen. Das Nichtrepariren hat aber die Folge gehabt, daß die Erhebung des Cautionsanspruchs nicht verhütet worden ist. Daher tritt jetzt an die Stelle der Reparaturpflicht die Cautionspflicht. Hat der Reparaturpflichtige dem Bedrohten cavirt, so kann er deshalb einen Ersatzanspruch gegen den Andern nicht erheben, so wenig wie er das wegen Vornahme der ihm obliegenden Reparatur könnte; weigert er sich, die

geforderte Caution zu leisten und ist infolge davon der Andere, um sich sein Recht zu erhalten, zum Caviren genöthigt worden, so hat dieser einen Ersatzanspruch gegen ihn ebenso wie wenn er die jenem obliegende Reparatur vorgenommen hätte. Die Cautionspflicht geht mithin der Reparaturpflicht parallel[85]). Wer verpflichtet ist, den schadendrohenden Zustand zu beseitigen, der muß, wenn er es nicht gethan hat, auch die Last der infolge davon nothwendig gewordenen Caution allein tragen. An dem innern Verhältniß zwischen Eigenthümer und dinglich Berechtigtem, wonach der Eine zur Reparatur und zum Einstehen für die Folgen des Nichtreparirens verpflichtet ist, kann dadurch nichts geändert werden, daß gegenüber der Cautionsforderung eines Dritten der Nichtpflichtige, weil auch jetzt der Pflichtige seine Obliegenheit nicht erfüllt, im eignen Interesse die Folgen der Pflichtversäumniß des Andern auf sich zu nehmen gezwungen ist.

Eine andere Frage — die sich auf diesen letztern Fall, wo der Nichtpflichtige an Stelle des Pflichtigen cavirt und darum auf vollen Ersatz Anspruch hat, wie auf den andern, wo Keinem von Beiden die Cautionspflicht obliegt und darum das Opfer gemeinsam getragen werden muß und dem Caventen ein Anspruch auf theilweisen Ersatz zusteht, gleichmäßig bezieht — ist die, auf welche Weise dieser Anspruch des Caventen auf vollen oder theilweisen Ersatz geltend gemacht werden kann. In vielen Fällen ist, wie wir sehen werden, der Zwang nur ein indirecter und die Quellen sprechen fast ausschließlich von einem solchen. Hätte der Cavent die Caution nicht

85) Vgl. unten Ziff. 29. bei Anm. 95.

geleistet, so würde der Andere dem Bedrohten gegenüber in der Lage gewesen sein entweder cavіren oder sein Recht preisgeben zu müssen. Durch letztres konnte er dem Bedrohten gegenüber die Cautionsleistung vermeiden, der Bedrohte würde in possessionem mittirt worden sein und das Resultat wäre gewesen, daß schließlich der Berechtigte sein Recht verloren hätte: das Eigenthum wäre auf den missus übergegangen und dem dinglich Berechtigten wäre die persecutio iuris denegirt worden. Vor derselben Alternative muß, so scheint es, der Nichtcavirende gegenüber dem Caventen stehen: wenn er dem Bedrohten gegenüber von der Cautionslast, so muß er dem Caventen gegenüber von der Verpflichtung ihm wegen der geleisteten Caution ganz oder theilweis Ersatz zu gewähren sich freimachen können dadurch, daß er sein Recht preisgiebt und damit den Caventen in dieselbe Stellung bringt, in welcher sich der Bedrohte, falls nicht die missio in possessionem durch jene Cautionsleistung abgewendet worden wäre, befunden haben würde. Aber doch ist dies so allgemein nicht richtig. Da, wo der Nichtcavirende dem Caventen zur Vornahme der Reparatur und folglich auch der Cautionsleistung wirklich verpflichtet war, so daß wegen Unterlassung dieser Pflicht eine Klage auf Ersatz gegen ihn begründet ist, — kann er sich — wenn nicht wie beim Ususfructus in dem ihn verpflichtenden Verhältniß selbst die Möglichkeit einer solchen Alternative gegeben ist — dieser Pflicht nicht durch Preisgeben seines Rechts entziehen. Auch hier gilt der oben hervorgehobene Satz, daß an dem innern Verhältniß zwischen Eigenthümer und dinglich Berechtigtem durch die Cautionsforderung eines Dritten nichts geändert werden kann. Wer einer Klage auf Ersatz wegen

Nichtvornahme der Reparatur ausgesetzt ist und diese Klage nicht durch Aufgeben seines Rechts vermeiden kann, der bleibt in gleicher Weise verhaftet, wenn der durch jene Unterlassung herbeigeführte Schaden in einem Cavirenmüssen Seitens des Berechtigten besteht: die Cautionsforderung eines Dritten kann dem Pflichtigen nicht ein Recht gewähren, welches ihm ohne dies nicht zusteht. Ein Beispiel wird das Gesagte erhärten. In l. 46. §. 1. de usufr. 7. 1. erwähnt Paulus einen Fall, wo der Eigenthümer dem Usufructuar zur Vornahme einer Reparatur verpflichtet ist: Si testator iusserit, ut heres reficeret insulam, cuius usum fructum legavit, potest fructuarius ex testamento agere, ut heres reficeret. Wenn hier die Reparaturbedürftigkeit des Gebäudes zur Forderung einer c. d. infecti Veranlassung gegeben hat und infolge der Weigerung des Erben die Caution zu leisten der Usufructuar sich zum Caviren gezwungen sieht, so hat dieser die actio ex testamento gegen den Erben auf Ersatz des ganzen Schadens, der ihm aus der Cautionsleistung erwächst, und für ein Freiwerden des Erben von dieser ex testamento begründeten Ersatzpflicht durch Dereliction des Hauses fehlt es an jedem juristischen Fundament. Dem Cautionssucher gegenüber würde er dadurch frei werden, weil diesem gegenüber die auf der Sache ruhende Cautionspflicht ihm nur als Eigenthümer obliegt, der Usufructuar hat aber hier infolge der Verfügung des Testators einen selbständigen obligatorischen Anspruch gegen den Eigenthümer auf Vornahme der Reparatur und folglich auf Leistung der Caution und auf Ersatz wegen Nichterfüllung dieser Obligation, und dieser Anspruch wird durch Dereliction des Eigenthums Seitens des

Pflichtigen gar nicht berührt. Die auf dem Eigenthum an der schadendrohenden Sache basirende Cautionspflicht gegenüber dem Bedrohten ist eben etwas anderes als die auf einem selbständigen obligatorischen Grund beruhende Verpflichtung gegenüber dem obligatorisch Berechtigten, dem Bedrohten die geforderte Caution zu leisten. Nur dann, wenn zwischen dem Eigenthümer und dem dinglich Berechtigten eine solche obligatorische Verpflichtung nicht besteht und infolge davon der Cavent einen theilweisen Ersatzanspruch hat, oder wenn, wie dem Usufructuar in Bezug auf gewöhnliche Reparaturen, dem Nichtcavirenden zwar die Pflicht zum vollen Ersatz obliegt, er aber doch, mag es zur Forderung der c. d. infecti gekommen sein oder nicht, sich der an sich begründeten Klage durch Preisgeben seines Rechts entziehen kann, nur dann ist der Satz richtig, daß der Zwang zur Ersatzleistung blos ein indirecter ist. Und auch dann ist es an sich lediglich eine Consequenz der sonst geltenden Grundsätze, nicht etwas der c. d. infecti Eigenthümliches. Wie die für die Cautionspflicht maßgebende Frage nach der Reparaturpflicht sich aus dem Verhältniß zwischen Eigenthümer und dinglich Berechtigtem beantwortet, so entscheidet sich auch die Frage, ob der dem Caventen hiernach zustehende Ersatzanspruch mittelst Klage oder nur auf indirectem Wege geltend gemacht werden kann, einfach danach, in welcher Weise der Nichtreparaturpflichtige, der an Stelle des Pflichtigen die Reparatur vorgenommen hat, Ersatz hierfür verlangen kann: hat er eine Klage darauf, so hat er sie auch wegen der geleisteten c. d. infecti, ist er deshalb auf ein Retentionsrecht beschränkt, so steht ihm auch wegen der geleisteten Caution kein größeres Recht zu, wenigstens insofern als er in beiden Fällen

den sein Recht Preisgebenden zur Ersatzleistung zu zwingen kein Mittel hat. Nur eine Abweichung wird durch die Cautionsforderung begründet. Wenn es sich um eine Ersatzforderung wegen Vornahme einer Reparatur gegen den hierzu Verpflichteten handelt, so erleidet dieser, falls eine Klage gegen ihn nicht angestellt werden kann, keinen weiteren Nachtheil als den, daß von dem reparirenden Gegner die Sache retinirt und ihm die Ausübung seines Rechts versagt wird, einen Nachtheil, den er immer noch durch nachträgliche Ersatzleistung abwenden kann. War aber von einem Dritten die c. d. infecti gefordert und von dem nicht dazu Verpflichteten geleistet, so ist es nur billig, daß der statt des Verpflichteten Cavirende an die Stelle tritt, die der Cautionssucher eingenommen hätte, falls ihm nicht cavirt worden wäre; wie dieser infolge des zweiten Decrets dem Eigenthümer sein Eigenthum, dem dinglich Berechtigten sein Recht gänzlich und definitiv entzogen hätte, so muß nun das Gleiche zu Gunsten des die missio abwendenden Caventen eintreten — es bewendet nicht bei der bloßen Retention und Versagung der Ausübung des Rechts, sondern die schließliche Folge ist definitiver durch nachträgliches Erbieten zur Ersatzleistung nicht wieder aufzuhebender Verlust des Rechts zu Gunsten des Caventen.

29. Die eben dargestellten Grundsätze sind aus der Natur der Sache ohne Rücksicht auf die Bestimmungen der Quellen entwickelt. Betrachten wir nunmehr die Quellenaussprüche. Sie werden das ohne ihre Hilfe gefundene Resultat bestätigen wie andererseits diese auf innere Gründe sich stützenden Sätze dazu die-

nen werden, den nicht unbestrittenen Sinn jener Aussprüche festzustellen.

In unserm Titel ist nur von dem Verhältniß zwischen Eigenthümer und Usufructuar die Rede und hierauf beschränken sich meist auch die Ausführungen der Schriftsteller. Wir werden im Folgenden unsere Erörterung auch auf das Verhältniß zwischen Eigenthümer einerseits und Pfandgläubiger, Emphyteuta, Superficiar andrerseits zu erstrecken haben. Zunächst aber an der Hand der Quellen von jenem Verhältniß. Es beschäftigen sich damit drei Stellen in unserem Titel:

l. 9. §. 5. (*Ulpianus* lib. 53. ad edict.) Celsus certe scribit, si aedium tuarum usus fructus Titiae est, damni infecti aut dominum repromittere aut Titiam satisdare debere. quod si in possessionem missus fuerit is, cui damni infecti cavendum fuit, Titiam uti frui prohibebit. idem ait eum quoque fructuarium, qui non reficit, a domino uti frui prohibendum: ergo et si de damno infecto non cavet dominusque compulsus est repromittere, prohiberi debet frui.

l. 10. (*Paulus* lib. 48. ad. edict.) Quamvis alienus usus fructus sit, dominum promittere oportere Cassius ait. nisi proprietarius in totum repromittat vel fructuarius satisdat, mitti oportet in possessionem eum, cui non caveatur. sed nisi proprietario repromittenti fructuarius caveat, denegandam ei fructus petitionem Julianus scribit. sed si fructuarius de soli vitio quid praestiterit, ius domini ad eum transferri oportet.

l. 22. pr. (*Paulus* lib. 10. ad Plautium). Si proprietarius de damno infecto repromisisset vel forte aliquid praestitisset aut contra fructuarius aliquid praestitit, iniquum est alterum sine damno uti aedibus aut aedes habere. et si optulerit proprietarius aliquid, non est fructuario permittendum uti, nisi contulerit: idemque fructuario praestandum est, ut proprietarius cogatur ei conferre. ergo et solum retinebit fructuarius, si aedes ceciderint, donec ei praestetur damnum, ut, quod haberet vicinus missus in possessionem, id fructuarius habeat, qui damnum vicino sarciit. eadem erunt et si minimum damnum detur.

Die auf Grund dieser Stellen von den Neueren aufgestellten Ansichten — die Aelteren beschäftigen sich mit dieser Frage fast gar nicht — begehen sämmtlich den Fehler, daß sie die Frage von ihrem natürlichen Zusammenhang mit den sonst geltenden Grundsätzen gelöst entscheiden wollen und die Aussprüche der Quellen als erschöpfend ansehen. Daneben wird regelmäßig verkannt, daß, wenn in einem bestimmten Fall der Cavirende einen Ersatzanspruch gegen den Andern hat, nicht dieser Andere für denselben Fall, wenn er cavirt hat, einen Ersatzanspruch gegen jenen haben kann, außer wenn — weil keiner von beiden dem andern verpflichtet ist, die Cautionslast auf sich zu nehmen — der Anspruch nur auf theilweisen Ersatz geht. Sodann wird häufig in ganz ungehöriger Weise die Frage, ob, und in welchem Umfang ein Ersatzanspruch begründet ist, mit der Frage, wie dieser Anspruch geltend gemacht werden kann, con-

fundirt. Endlich wollen Viele auf Grund der l. 10. cit. einen Unterschied zwischen vitium soli und vitium aedium machen, der in dieser Weise durchaus unbegründet ist. Eine kurze Betrachtung der hauptsächlichsten Ansichten wird diese Behauptung rechtfertigen.

Den höchsten Grad der Confusion erreicht wohl die ältere Darstellung von Hesse[86]). Das Verhältniß zwischen Eigenthümer und Usufructuar ist nach ihm folgendes. Eines Theils gehöre die refectio aedium zu den Lasten des Usufructuars und wenn der Eigenthümer zur Cautionsleistung gezwungen sei, so dürfe dieser ihm den Nießbrauch wehren, andern Theils habe aber doch der Usufructuar kein volles Recht an der Sache, es wäre unbillig, wenn er allein unter der Caution leiden sollte und deshalb müsse ihm, wenn er cavirt habe, der Eigenthümer beisteuern; endlich könne der Usufructuar, wenn er nicht des Gebäudes, sondern des Grund und Bodens wegen cavirt und Schadenersatz geleistet habe, vom Eigenthümer Sicherstellung und, falls er überhaupt des dienenden Grundstücks wegen dem Nachbar etwas gezahlt habe, einen Beitrag beanspruchen und bei Weigerung des Eigenthümers dort das Eigenthum am Boden erlangen, hier ein Retentionsrecht am Boden geltend machen. — In dieser Darstellung finden sich nicht weniger als sämmtliche oben gerügte Fehler und außerdem der weitere, daß in völlig unverständlicher Weise beim vitium soli ein Unterschied gemacht wird zwischen dem Fall, wo der Usufructuar cavirt und Schadenersatz geleistet und dem, wo er überhaupt wegen des dienenden Grundstücks etwas gezahlt hat.

86) C. d. infecti S. 83 ff.

Etwas weniger verworren, aber immer noch irrig genug ist Hesses spätere Darstellung[87]). Habe der Eigenthümer cavirt, so könne er vom Usufructuar ganz oder theilweis Ersatz verlangen und dieser sei, wenn er sich weigere, des Fruchtgenusses verlustig, habe hingegen der Usufructuar cavirt, so müsse ihm der Eigenthümer einen Beitrag leisten, was im Wege des Retentionsrechts am Grund und Boden geltend gemacht werden könne. Anders sei es aber dann, wenn der Usufructuar wegen vitium soli habe caviren müssen: hier erlange er, falls ihm das infolge der Caution Geleistete vom Eigenthümer nicht ersetzt werde (also voll ersetzt werde), das Eigenthum an Grund und Boden. — Wie ist es denkbar, daß, wenn der cavirende Eigenthümer vom Usufructuar vollen Ersatz verlangen kann, der cavirende Usufructuar vom Eigenthümer einen Beitrag zu fordern berechtigt ist? Und weßhalb soll der cavirende Usufructuar, dessen Ersatzanspruch nicht befriedigt wird, beim vitium soli ein Recht auf das Eigenthum, in andern Fällen nur ein Retentionsrecht haben?

Nach Bachofen[88]) hat der cavirende Eigenthümer im Fall das vitium soli keinen Anspruch gegen den Usufructuar, im Fall des vitium aedium hat er einen durch Entziehung des Nießbrauchs erzwingbaren Anspruch auf Collation; der cavirende Usufructuar soll im Fall des vitium soli auf Eigenthumsübertragung, im Fall des vitium aedium auf Collation dringen können. — Zunächst ist die Gegenüberstellung des auf Eigenthumsübertragung und auf Collation dringen Könnens schief, denn letzteres

87) Rechtsverh. I. S. 167.
88) Pfandrecht S. 118. 119.

bezieht sich auf den Anspruch des Caventen und dessen Umfang, ersteres auf das Mittel, wie der Anspruch geltend gemacht wird. Man muß, einerlei ob der Eigenthümer oder der Usufructuar der Cavent ist, dem Anspruch auf vollen Ersatz den auf Collation gegenüberstellen, und je nachdem der cavirende Eigenthümer oder der cavirende Usufructuar einen sei es auf vollen Ersatz sei es auf Collation gerichteten Anspruch hat, in Bezug auf den indirecten Zwang zur Geltendmachung des Anspruchs zwischen dem uti frui prohibere auf Seiten des Eigenthümers und dem dominium transferri bezüglich rem retinere auf Seiten des Usufructuars unterscheiden[89]). Dieser Gegensatz tritt bei Bachofen mindestens nicht hervor. Sodann ist es falsch, zwischen vitium soli und vitium aedium einen absoluten Gegensatz anzunehmen und dessen practische Bedeutung darin zu sehen, daß die Last der Caution hinsichtlich des ersteren allein auf dem Eigenthümer, hinsichtlich des letzteren allein auf dem Usufructuar ruhe. Ersteres ist nie der Fall, letzteres nicht immer, und der Gegensatz zwischen vitium soli und aedium d. h. zwischen dem gefahrdrohenden Zustand des Gebäudes, der seine Ursache im Grund und Boden findet, und dem, dessen Ursache in der Superficies liegt, hat keine selbständige Bedeutung: es kommt darauf an, ob der die Forderung der Caution veranlassende Zustand durch gewöhnliche Reparatur beseitigt werden konnte oder nicht; von einem vitium soli nun

89) Daß in l. 22. pr. cit. von solum retinere auf Seiten des cavirenden Usufructuars gesprochen wird, berücksichtigt Bachofen gar nicht, er nennt nur die in l. 10. cit. erwähnte Eigenthumsübertragung.

läßt sich ersteres nie sagen, es ist daher der Repräsentant des Falls, wo die Beseitigung des schadendrohenden Zustands die Vornahme außerordentlicher Reparaturen erheischt, bei einem vitium aedium hingegen besteht die doppelte Möglichkeit, daß es schon durch gewöhnliche oder nur durch außergewöhnliche Reparatur zu heben ist. Gerade dieser Umstand aber, ob der fehlerhafte Zustand durch gewöhnliche oder nur durch außerordentliche Reparatur beseitigt werden kann, ist der für die Frage nach dem Ersatzanspruch des Caventen entscheidende.

Etwas richtiger in dieser Beziehung ist die Auffassung von Aebli[90]). Er erkennt zum Theil das maßgebende Moment, hält aber in inconsequenter Weise den Unterschied zwischen vitium soli und aedium fest; hinsichtlich des vitium aedium unterscheidet er ganz richtig zwischen Mängeln, die der Usufructuar zu beseitigen verpflichtet war, und solchen, wo dies nicht der Fall ist; dort müsse der Usufructuar dem cavirenden Eigenthümer die Last vollständig abnehmen, hier trügen beide die Last gemeinsam. Beim vitium soli aber hält er den Eigenthümer für verpflichtet, dem cavirenden Usufructuar vollständig Ersatz zu leisten. — Als ob nicht beim vitium soli die Sache immer so läge wie sie beim vitium aedium bisweilen liegt, daß nämlich der Mangel ein solcher ist, den der Usufructuar zu beseitigen nicht verpflichtet war. Welcher denkbare Grund läßt sich dafür finden, daß in dem gleichen Fall — Nichtexistenz einer Verpflichtung des Usufructuars — der Eigenthümer bald nur einen Theil der Last, bald die ganze Last zu tra-

90) C. d. infecti S. 30.

gen haben soll, blos deßhalb weil es sich dort um ein vitium aedium, hier um ein vitium soli handelt? Ein innerer Grund für diese auch von Andern vertheidigte Ansicht wird denn auch in der That nirgends angeführt, statt dessen verweist man auf die Schlußworte der l. 10. cit.: si fructuarius de soli vitio quid praestiterit, ius domini ad eum transferri oportet, eine Verweisung, die einen Sinn nur dann hat, wenn man aus dem ius domini transferri den Schluß zieht, daß in diesem Fall der Eigenthümer die ganze Last allein zu tragen habe[91]). Die Irrigkeit dieses Schlusses liegt auf der Hand, selbst wenn ihn die eben geltend gemachten Gründe nicht widerlegten. Was hat das Mittel, durch welches die Erfüllung der Pflicht zur Ersatzleistung erzwungen wird, mit der Frage zu thun, in welchem Umfang dem Eigenthümer diese Pflicht obliegt? Paulus hebt nicht einmal die Voraussetzung für den Eigenthumsübergang hervor, daß nämlich der Eigenthümer sich weigern muß, dem Usufructuar Ersatz zu leisten, sie war selbstverständlich, aber eben weil sie dies ist, kann man nicht schließen, daß sie eine solche sei, die von allen sonst geltenden Grundsätzen abweicht, daß sie in der Verweigerung der Leistung des vollen Ersatzes bestehe. Mit demselben Recht würde man aus den unmittelbar vorhergehenden Worten: ‚nisi proprietario repromittenti fructuarius caveat, denegandam ei fructus petitionem' schließen können und müssen, daß der cavirende Eigenthümer immer — ausgenommen eben den Fall des vitium soli — Anspruch auf vollen Ersatz gegen den

91) Dieser Schluß wird von Bachofen S. 119. Anm. 7. ausdrücklich gezogen.

Usufructuar habe. Wenn man diesen Schluß, über dessen Unzulässigkeit kein Zweifel ist, nicht zieht, welches Recht hat man zu dem andern? Und wenn derselbe Paulus in l. 22. pr. cit. den Satz aufstellt, daß der cavirende Eigenthümer gegen den Usufructuar, der cavirende Usufructuar gegen den Eigenthümer einen Anspruch auf Collation habe, hierfür aber, wie wir sahen, die Voraussetzung die ist, daß keinem von beiden ausschließlich die Cautionslast obliegt: welcher Fall ist dann, wenn der Eigenthümer beim vitium soli die Last allein tragen soll, denkbar, in dem der Eigenthümer nur einen Beitrag zu geben hat? Dann bleibt wieder nur das vitium aedium, welches außergewöhnliche dem Usufructuar nicht obliegende Reparaturen erheischt, und unsere obige Frage wirft sich von Neuem auf: weßhalb soll beim vitium aedium, wenn der Usufructuar zu dessen Beseitigung genau so wie beim vitium soli nicht verpflichtet ist, etwas anderes gelten als beim vitium soli? Und wie kann somit, wenn es an jedem innern Grund für eine verschiedene Behandlung beider Fälle fehlt, die von dem Umfang des vom Eigenthümer zu Leistenden gar nicht sprechende l. 10. cit. die Stütze für die Ansicht sein, daß beim vitium soli die Last allein auf dem Eigenthümer ruhe? So wenig wie der Eigenthümer gegenüber dem Usufructuar zur Vornahme außergewöhnlicher Reparaturen — und solche würde eben das vitium soli immer erfordern — verpflichtet ist, so wenig ist er, wenn ein nur durch derartige Reparaturen zu beseitigender Zustand die Forderung der c. d. infecti veranlaßt hat, dem Usufructuar verpflichtet, die Last der Cautionsleistung auf sich zu nehmen, und das Princip der l. 22. pr. cit. — welches für den Fall, wo der Eine dem

Andern wirklich zur Vornahme der Reparatur und daher auch der Cautionsleistung an den Dritten verpflichtet ist, gar nicht paßt — kommt hier gerade zur Anwendung: wer freiwillig das Opfer der Cautionsleistung gebracht hat, zunächst zwar in seinem eignen Interesse, aber doch zugleich mit der Wirkung der Erhaltung des Rechts auch für den Andern, der kaum Theilnahme an dem Opfer verlangen, wenn der Andere von dem Erfolg des Opfers Gebrauch machen will — es soll nicht dem Einen nur gegen einen Vermögensaufwand, dem Andern ohne jeden Aufwand sein Recht erhalten werden.

Von den bisher besprochenen Ansichten, die trotz sonstiger Verschiedenheit doch darin übereinstimmen, daß sie wegen des vitium soli dem Eigenthümer die Last allein aufbürden, unterscheidet sich vortheilhaft die Darstellung von Elvers[92]), wenngleich auch sie nicht frei von Irrthümern ist. Auch Elvers stellt den Satz — der doch nur für einen bestimmten Fall gilt, nämlich da, wo Keinem von Beiden dem Andern gegenüber eine Verpflichtung zur Reparatur und Cautionsleistung obliegt — als einen allgemein giltigen an die Spitze: da infolge der Caution Jeder im Genuß seines Rechts bleibe, so dürfe der die Caution auf das Ganze Leistende nicht allein die bösen Folgen derselben tragen. Danach gestalte sich das Verhältniß zwischen Eigenthümer und Usufructuar so: habe der Eigenthümer cavirt, wo die Last ganz oder doch theilweis dem Usufructuar zukommt, so müsse der Usufructuar dies ganz oder theilweise ersetzen und bis dies geschehen, werde dem Usufructuar jeder Rechtsschutz versagt; habe der Usufructuar cavirt,

92) Servitutenlehre S. 527—531.

ber von iura in re als cautionspflichtig zu bezeichnen: wie der nichtcavirende Eigenthümer sich zunächst der missio ex primo decreto und dem Mitbesitz des Cautionssuchers und im weiteren Verlauf dem Verlust des Eigenthums aussetzt, so wird dem dinglich Berechtigten die unbeschränkte Ausübung seines Rechts und schließlich sein Recht selbst entzogen. Aber dann würde nicht allein diesen Personen die Cautionspflicht obliegen. Der Miether, der durch den Mitbesitz des missus in der Benutzung des gemietheten Hauses gestört wird, kann diese Beeinträchtigung nicht anders abwenden als dadurch, daß er selbst cavirt; der missus ex primo decreto muß, wenn er verhüten will, daß ein anderer Cautionssucher simul in possessione esse iubetur, sich zur Cautionsleistung entschließen[37]), ebenso der legatorum servandorum causa in den Besitz Eingewiesene[38]), nicht minder ein chirographarischer Gläubiger, der infolge des Verlustes des Eigenthums an dem schadendrohenden Haus Insolvenz seines Schuldners fürchtet. Von diesem Gesichtspunct aus würden alle die genannten Personen cautionspflichtig sein. Daß das nicht richtig ist, leuchtet ein. Nicht der Umstand, ob Jemand infolge des Nichtcavirens einen Nachtheil erleidet, bestimmt die Cautionspflicht, sondern es muß gerade die Folge des Nichtcavirens die missio in possessionem sein: nicht der Nachtheil infolge der missio, sondern der Nachtheil, daß die missio erfolgt, ist das Entscheidende. Da die Folge des Nichtcavirens Seitens der Verpflichteten immer die missio, die normale Gestalt der missio aber

37) l. 7. pr. fi. h. t. Vgl. Ziff. 24. bei Anm. 7.
38) l. 5. §. 2. ut in poss. leg. 36. 4.

die ist, daß der missus bei fortgesetzter Cautionsverweigerung das Eigenthum erwirbt[39]), so muß man zur Bestimmung der Person des Cautionspflichtigen davon ausgehen: wer kann und muß in Anspruch genommen werden, damit seine Weigerung diese Folge hat? Nur da, wo mit dem Nichtcaviren diese Wirkung verbunden ist, besteht eine selbständige Cautionspflicht. Nur derjenige, dessen Weigerung allein, ohne daß daneben noch der Versuch die Caution von einem Andern zu erlangen gemacht werden muß, zur Verfügung der Besitzeinweisung genügt, während andrerseits gerade er aufgefordert sein muß, damit diese Folge des Nichtcavirens eintritt, nur der ist im wahren Sinn cautionspflichtig. Dann ist es aber nur der Eigenthümer. Nur ihm gegenüber ist eine solche missio denkbar. Die Verpflichtung zu caviren ist ja keine unbedingte: der Pflichtige hat die Wahl aut cavere aut aedibus carere, er ist zur Cautionsleistung nur unter der Voraussetzung verpflichtet, daß er sein Eigenthum behalten will, wie dem Eigenthümer des servus noxius die Verpflichtung zur Zahlung der litis aestimatio nur unter der gleichen Voraussetzung obliegt — sobald er das Eigenthum preisgiebt, ist er frei. Die missio ist nicht in erster Linie ein Mittel, um die Leistung der Caution zu erzwingen, sie ist vielmehr eine besondere Gestaltung des Gedankens, daß demjenigen, der sich seiner Sache nicht durch Cautionsleistung annimmt, das Eigenthum der Sache entzogen und auf den

39) Gegen die Ansicht, daß die missio in possessionem auch zum selbständigen Erwerb von iura in re führe, siehe im Folgenden und unten Ziff. 42. bei Anm. 95. 96.

Bedrohten übertragen wird[40]). Die letzte Folge des non defendere ist der Verlust des Eigenthums: eine solche Folge kann nur für den eintreten, der Eigenthümer ist, und nur, wenn ihm gegenüber das Verlangen der Uebernahme der defensio gestellt war — cautionspflichtig ist also nur der Eigenthümer. Wenn der Bedrohte statt den Eigenthümer in Anspruch zu nehmen sich an denjenigen halten wollte, der bereits vorher, weil ihm vom Eigenthümer nicht damni infecti oder legatorum servandorum nomine cavirt wurde, in den Besitz des Grundstücks eingewiesen worden ist, so wird Niemand behaupten, daß es zum Ausspruch des Cautionsbefehls an diesen und zur Besitzeinweisung des Klägers komme. Das Gleiche gilt dann, wenn der Anspruch auf Cautionsleistung lediglich gegen den Inhaber eines ius in re erhoben wird: die Weigerung des Usufructuars allein hat nicht zur Folge, daß der Prätor in possessionem ire und dann etiam possidere iubet, was doch das Edict als die stets eintretende Folge des Nichtcavirens bezeichnet. Ist umgekehrt die Cautionsforderung gegen den Eigenthümer gerichtet gewesen, so bedarf es, damit es zur missio kommt, nicht erst noch des vorherigen vergeblichen Versuchs, ob nicht etwa ein Andrer, ein Usufructuar u. s. w., für den Eigenthümer die Caution zu leisten bereit sei. Das ist auch dann nicht anders, wenn der Eigenthümer infolge seiner Abwesenheit nicht belangt werden kann. Auch hier ist die Aufforderung der dinglich Berechtigten weder genügend noch erforderlich. Gegen den Eigenthümer als den Vertreter des Grundstücks ist unter allen Umständen die

40) Vgl. unten Ziff. 39.

Klage zu richten; ist er abwesend, dann muß nach der Bestimmung des prätorischen Edicts ‚dum ei qui aberit prius domum denuntiari iubeam' wenigstens der Versuch, den Anspruch zu seiner Kenntniß zu bringen, gemacht werden: ad ipsum praedium erit denuntiandum vel procuratori eius vel certe inquilinis[41]); ja wenn zur Zeit ein Eigenthümer gar nicht existirt, veluti quod hereditaria insula est nec dum hereditas adita, vel si heres non exstet, dann bedarf es auch der denuntiatio nicht[42]). Nirgends aber ist davon die Rede, daß die Ertheilung des Missionsbefehls von der vorherigen vergeblichen Aufforderung der Inhaber von iura in re abhängig sei. Diese Personen haben nur, wie jeder Dritte, das Recht, den durch das non defendere von Seiten des Eigenthümers begründeten Anspruch auf Mission durch ihre Cautionsleistung, die sie dann aber eben alieno nomine vornehmen, zu beseitigen, und sie haben, weil auch sie infolge der missio einen Nachtheil erleiden würden, ein Interesse daran es zu thun, — cautionspflichtig aber, wie es der Eigenthümer ist, sind sie nicht: ihre vergebliche Aufforderung zur Cautionsleistung ist weder genügend noch nothwendig, damit die Folge des Nichtcavirens, die missio mit der Wirkung, daß der Cautionsberechtigte schließlich das Eigenthum erwirbt, eintritt; diese Folge ist nur, aber auch immer bedingt dadurch, daß es der Eigenthümer war, der vergeblich zum Caviren aufgefordert, bezüglich dessen Aufforderung nicht möglich war. Nur der Eigenthümer also ist in diesem Sinn cautionspflichtig.

41) l. 4. §. 5. h. t.
42) l. 4. §. 6. eod.

Eine Bestätigung liefert die Analogie der bei den Noxalklagen geltenden Grundsätze, deren Anwendung auf unsere Lehre infolge des beiden zu Grund liegenden gleichen Princips unzweifelhaft zulässig ist. Wenn die Vertheidigung eines servus noxius weder vom Eigenthümer noch vom Usufructuar oder Pfandgläubiger übernommen wird, so erfolgt das dem in possessionem ire iubere parallel gehende duci iubere, infolge dessen der Eigenthümer das Eigenthum verliert, dem dinglich Berechtigten die persecutio ususfructus oder pignoris denegirt wird. Auch hier hat das Nichtdefendiren von Seiten des Usufructuars einen Nachtheil für diesen zur Folge, aber als defensionspflichtig in dem Sinn, daß das non defendere den Ductionsbefehl begründet, erscheint doch nur der Eigenthümer: er allein ist der rechte Beklagte. Der Usufructuar kann nur statt seiner die Vertheidigung übernehmen und muß es, wenn er sich die Ausübung seines Rechts erhalten will: eine Klage gegen ihn, mit Uebergehung des Eigenthümers, ist nicht zulässig, es wird ihm nur, wenn der Eigenthümer seinen Sclaven nicht vertritt, die Defension gestattet, damit er die ihm nachtheilige Folge der ductio abwenden kann[43]).

Wenn somit der dinglich Berechtigte nicht in der gleichen Weise cautionspflichtig ist wie der Eigenthümer, aber doch ihn ebenso wie den Eigenthümer infolge des Nichtcavirens ein Nachtheil trifft, so bleibt zunächst nur die Frage, worin der Nachtheil für den dinglich Berechtigten besteht, wenn weder der eigentlich pflichtige Eigenthümer noch jener für ihn die geforderte Caution lei-

43) l. 18. l. 22. §. 1. de nox. act. 9. 4. l. 17. §. 1. l. 27. pr. eod.

stet[44]). Es ist der gleiche wie bei den Noxalklagen: die ususfructus und pignoris persecutio wird denegirt adversus eum, qui in possessionem missus est, wenn diejenigen, qui potuerunt de damno infecto satisdare, es nicht gethan haben[45]). Wie die ductio so entzieht die missio dem Eigenthümer das Eigenthum zu Gunsten des Klägers und das auf diesen übergehende Eigenthum soll nicht beschränkt sein durch dingliche Rechte, deren Inhaber an Stelle des eigentlich Pflichtigen die defensio übernehmen und dadurch den Eigenthumswechsel verhüten konnten. Nun besteht aber zwischen diesen beiden Fällen der Unterschied, daß bei den Noxalklagen durch die ductio sofortiger Uebergang des Eigenthums herbeigeführt wird, bei der c. d. infecti hingegen diese Folge des non defendere erst nach dem zweiten Decret eintritt. Dieser Unterschied muß sich nothwendigerweise auch in Bezug auf die nachtheilige Wirkung für die Inhaber von iura in re geltend machen. Zwar wird in dieser Beziehung eine Verschiedenheit zwischen missio ex primo und ex secundo decreto in den Quellen nicht ausdrücklich hervorgehoben, vielmehr scheint nach ihnen hinsichtlich der Frage nach dem Nachtheil für den nicht-

44) Wir setzen dabei voraus, daß der Anspruch — wie es nach dem Bisherigen nöthig ist, damit der Missionsbefehl erlassen wird — gegenüber dem Eigenthümer erhoben war. Daß die Forderung der Caution blos gegenüber dem Inhaber eines ius in re, mit Ausnahme des Emphyteuta, überhaupt eine Folge nicht hat, nicht blos nicht für den Eigenthümer, sondern auch nicht für den dinglich Berechtigten, wird später (Ziff. 26. 27.) ausgeführt werden.

45) l. 15. §. 24. 25. h. t.

cavirenden Usufructuar u. s. w. kein Gewicht darauf gelegt zu werden, ob der Cautionssucher ex primo oder ex secundo decreto mittirt ist. In l. 9. §. 5. h. t. heißt es allgemein, daß der in possessionem missus den Usufructuar am uti frui prohibiren könne; in l. 15. §. 24. wird die denegatio der persecutio iuris ebenso an die missio in possessionem, in l. 15. §. 25. aber an das possidere iubere, also an das zweite Decret geknüpft. Wollte man davon ausgehen, daß die persecutio iuris immer erst nach dem zweiten Decret denegirt werde, so müßte man den Ausdruck missio in possessionem immer von dem possidere iubere verstehen: dagegen spricht aber nicht blos der Sprachgebrauch der Quellen, welche mit jenem Ausdruck gewöhnlich das iubere in possessione esse bezeichnen[46]), sondern auch die Erwägung, daß unmöglich der Usufructuar bis zur missio ex secundo decreto im vollen ungestörten Genuß seines Rechts verbleiben kann. Und doch kann andrerseits nicht schon die missio ex primo decreto die gleiche Wirkung haben wie die ex secundo: man darf nicht annehmen, daß die Lage des nichtcavirenden Usufructuars eine schlechtere sei als die des eigentlich pflichtigen Eigenthümers, dem doch erst in allmählicher Steigerung sein Recht entzogen wird. Wenn nun aber trotzdem der Ausdruck denegatio persecutionis gleichmäßig bei der missio ex primo wie ex secundo decreto gebraucht wird, so muß darunter verschiedenes zu verstehen sein, worauf nur dieser Ausdruck gleichmäßig paßt. Die Bedeutung der denegatio persecutionis bei der missio ex primo decreto ist die, daß der Usufructuar sein

46) Vgl. z. B. l. 7. pr. fine l. 15. §. 15. 20. 21. h. t.

dingliches Recht dem Eingewiesenen gegenüber insoweit nicht geltend machen darf als dadurch der Zweck der Einweisung vereitelt werden würde: der Usufructuar wird natürlich durch den Mitbesitz des missus und durch dessen Befugniß die drohende Gefahr durch eigene Vornahme der nothwendigen Reparaturen abzuwenden in der Ausübung seines Rechts in einer Weise beeinträchtigt, daß ihm jedem Andern gegenüber die actio confessoria zustehen würde — diese Geltendmachung seines Rechts wird ihm gegenüber dem missus ex primo decreto denegirt, ebenso wie der Eigenthümer gegen die Störung durch die Detention des missus nicht mit einer Eigenthumsklage auftreten kann. Hingegen kann die missio ex primo decreto nicht die Folge haben, daß dem Usufructuar das uti frui, das Ziehen der Früchte und die sonstige mit den Befugnissen des missus ganz verträgliche Ausübung seines Rechts zu versagen wäre, so wenig wie dadurch der Eigenthümer von jeder Benutzung seiner Sache ausgeschlossen ist. Erst wenn es zur missio ex secundo decreto gekommen ist, wird dem dinglich Berechtigten die persecutio in dem Sinn denegirt, daß ihm jede Art der Geltendmachung seines Rechts entzogen ist[47]).

47) l. 12. h. t.: His qui pignori rem acceperunt potior est is, cui damni infecti non cavetur, si possidere et per longum tempus rem capere ei permissum fuerit. — Richtig unterscheidet Groh S. 39. a. E. 40. i. Anf. und S. 41. a. E., daß durch die missio ex primo decr. Suspension, durch die ex secundo decr. Erlöschen der iura in re herbeigeführt werde. Nur ist die Suspension nicht eine vollständige. — Vgl. auch Keller Civilproc. §. 78.

Die gegenüber dem Eigenthümer verfügte Besitzeinweisung hat also einen Einfluß auch auf die an der Sache bestehenden dinglichen Rechte. Es ist klar, daß durch das Bestehen solcher Rechte der Zweck der Mission nicht vereitelt werden darf. Die Frage ist nur die, unter welchen näheren Voraussetzungen die angegebenen Wirkungen der missio auf die iura in re eintreten und wie sich namentlich gegenüber dem durch das zweite Decret herbeigeführten Eigenthumswechsel das Verhältniß der dinglich Berechtigten gestaltet. Bedarf es, um die Geltendmachung dieser Rechte gegenüber dem missus auszuschließen, der besonderen Erhebung eines Anspruchs auf Cautionsleistung gegenüber den Inhabern dieser Rechte und haben diese Personen immer ohne Weiteres die Möglichkeit verloren, ihr Recht, gegenüber dem neuen Eigenthümer zu erhalten? Die Quellen sind in Bezug auf diese Frage sehr dürftig; wenn wir aber ihre Aussprüche mit den bei den Noxalklagen hinsichtlich der gleichen Frage zur Anwendung kommenden Grundsätzen zusammen halten, kann die Entscheidung nicht zweifelhaft sein. Die Noxalklage ist nur gegen den Eigenthümer, nicht auch gegen den Usufructuar und Pfandgläubiger zulässig. Hat der Eigenthümer die defensio nicht übernommen, so erfolgt ohne Rücksicht auf das Bestehen dinglicher Rechte der das prätorische Eigenthum gebende Ductionsbefehl. Durch diese ductio geht wie auch durch die noxae datio von Seiten des Eigenthümers der Usufructus und das Pfandrecht nicht unter, aber sie können jetzt nur unter der Voraussetzung geltend gemacht werden, daß der Berechtigte dem neuen Eigenthümer die litis aestimatio offerirt: thut er dies, dann erhält er sich die Ausübung seines Rechts, andernfalls wird ihm

die persecutio denegirt[48]). Dazu bedarf es also nicht einer besondern Klage gegen den Usufructuar, vielmehr muß dieser sich freiwillig zur Zahlung der litis aestimatio bezüglich zur Uebernahme der defensio entschließen, um diesen Nachtheil abzuwenden. Aber auch das steht ihm nicht unbeschränkt frei. War er anwesend und hatte er Kunde von dem gegen den Eigenthümer erhobenen Anspruch, so mußte er, bevor es zur ductio kam, defensionem suscipere, sonst wird ihm die persecutio denegirt, ohne daß er die Möglichkeit hat, durch nachträgliches Uebernehmen der defensio oder Zahlen der litis aestimatio sich sein Recht zu erhalten[49]). Nur dann, wenn er bona fide abwesend gewesen war und keine Kenntniß von der Noxalklage gehabt hatte, war es anders: eorum qui bona fide absunt, ius non corrumpitur sed reversis defendendi ex bona et aequo potestas datur, was in gleicher Weise wie für den creditor et fructuarius auch für den dominus gilt[50]). Für den Fall der Unkenntniß des dinglich Berechtigten ist also der durch die ductio Eigenthümer Gewordene immer der Gefahr ausgesetzt, daß jener ihm den Sclaven wieder abholt. Diesem Zustand der Ungewißheit kann der Verletzte ein Ende machen bezüglich ihn von vornherein ausschließen dadurch, daß er den dinglich Berechtigten von seinem Anspruch in Kenntniß setzt und zur Uebernahme der defensio auffordert, worauf dann im Fall der Weigerung das dingliche Recht dem Kläger gegenüber abgesprochen wird[51]). Genau so — nur

48) l. 17. §. 2. de usufr. 7. 1.
49) l. 27. pr. de nox. act. 9. 4.
50) l. 30. eod.
51) Vgl. auch Elvers Die röm. Servitutenlehre S. 517.

mit den Modificationen, die durch den Umstand begründet werden, daß nicht schon das erste Decret das Eigenthum auf den Kläger überträgt, — verhält es sich bei der c. d. infecti mit den Folgen der missio für die Inhaber von iura in re. Die dinglichen Rechte bleiben an sich von dem Wechsel des Eigenthums unberührt, sie können aber dem neuen Eigenthümer gegenüber nur geltend gemacht werden, wenn diesem wegen der drohenden Gefahr cavirt und für etwa bereits vorgenommene Reparaturen Ersatz geleistet wird. Diese Beschränkung der dinglich Berechtigten, daß sie nur gegen jene Leistung zur Ausübung ihres Rechts dem missus gegenüber zugelassen werden, ist die stets eintretende Wirkung der missio, einer besondern Klage gegen den Usufructuar oder einer Aufforderung desselben zur Cautionsleistung bedarf es hierzu nicht. Aber in derselben Weise wie bei den Noxalklagen ist es für den Bedrohten zweckmäßig, die Inhaber von iura in re von seinem Verlangen zu benachrichtigen. Sind nämlich diese Personen ohne Kenntniß von dem Cautionsanspruch, so steht ihnen jeder Zeit, so lange nicht etwa eine Erlöschung durch

N. mm. — Natürlich mußte der Verletzte diese Aufforderung vornehmen, ehe es zur ductio iussu praetoris kam: denn nach der ductio war er der Gewalthaber und der Noxalanspruch stand ihm nicht mehr zu. l. 26. §. 6. fi. de nox. act. 9. 4. l. 2. fi si ex nox. c. 2. 9. Schlesinger Ztschr. f. Rechtsgesch. VIII. S. 216. Anm. 25. 26. — So erklärt es sich, daß, während l. 18. und l. 22. §. 1. de nox. act. 9. 4. die Zulässigkeit der Noxalklage gegenüber dem Usufructuar und Pfandgläubiger entschieden leugnen, in l. 3. si ex nox. causa ag. 2. 9. von einem noxale iudicium gegen den Usufructuar die Rede ist.

Verjährung eingetreten ist, die Befugniß zu, gegen obige Leistung ihr Recht geltend zu machen[52]). Daraus folgt aber zugleich, daß, wenn sie Kenntniß von dem Verlangen des Cautionssuchers haben, sie sich, um sich ihr Recht zu erhalten, freiwillig zur Cautionsleistung offeriren müssen, sonst wird ihnen, ohne daß der Anspruch auf Caution ihnen gegenüber von dem Bedrohten besonders erhoben zu werden braucht, die persecutio denegirt. Was in l. 27. pr. de nox. act. in Bezug auf die Noxalklage gesagt wird, muß in gleicher Weise bei der c. d. infecti zur Anwendung kommen: si noxali iudicio agitur de servo qui pignoris iure tenetur aut de eo cuius ususfructus alterius est, admonendi sumus, si creditor vel usufructuarius *praesens defensionem suscipere noluerit*, proconsulem interventurum et pignoris persecutionem vel ususfructus actionem negaturum. Offenbar ist dies auch der Sinn der von der Einwirkung der missio auf die dinglichen Rechte sprechenden l. 15. §. 24. h. t.: si qua sint iura debita his, *qui potuerunt de damno infecto satisdare*, deneganda erit eorum persecutio adversus eum qui in possessionem missus est — wer an Stelle des pflichtigen Eigenthümers die defensio übernehmen konnte und es nicht that, dem ist die fernere Verfolgung seines Rechts nach der missio ex secundo decreto versagt, selbst wenn er nachträglich sich eines Bessern besinnen und zur Cautionsleistung bereit sein sollte[53]);

52) Die l. 19. pr. h. t. ist wörtlich gleichlautend mit der l. 30. de nox. act.: der bona fide absens hat bei seiner Rückkehr die potestas defendendi.

53) Es ist dann nequaquam locus cautionis oblationi, ceterum nullus finis rei invenietur l. 15. §. 33. h. t.

wer aber Kenntniß von dem erhobenen Cautionsanspruch hat, der konnte eben die Caution leisten. Faßt man die Analogie der Noxalklagen sowie den Satz, daß der bona fide absens das Recht der nachträglichen Uebernahme der defensio nicht verlieren soll, ins Auge, so kann diese Stelle nichts andres sagen als daß demjenigen Inhaber eines ius in re, der trotz seiner Kenntniß nicht freiwillig die Caution offerirt, die persecutio denegirt wird. Will nun der Bedrohte gegen die ihm aus der Unkenntniß der dinglich Berechtigten drohende Gefahr, daß nachträglich noch Caution geleistet und dadurch das dingliche Recht erhalten wird, gesichert sein, so muß er dafür sorgen, daß jene von seinem Anspruch in Kenntniß gesetzt werden. Dazu bedarf es aber, wie gesagt, nicht besonderer Klage und gerichtlicher Aufforderung zur Cautionsleistung. Nicht weil der Usufructuar vergeblich aufgefordert war, sondern weil er nicht cavirte, während er es doch konnte, verliert er die Befugniß sein Recht gegenüber dem neuen Eigenthümer zu verfolgen: wodurch diese Voraussetzung für sein Cavirenkönnen, seine Kenntniß, herbeigeführt wird, ist gleichgiltig. Nun liegt die Sache bei der c. d. infecti insofern anders als bei den Noxalklagen, als der Verlust des Eigenthums wie des dinglichen Rechts nicht sofort, sondern erst infolge fortgesetzten Nichtcavirens eintritt, es kommt zunächst nur zur missio ex primo decreto, die dem Eingewiesenen die Detention des schadendrohenden Grundstücks neben dem Eigenthümer bezüglich dem dinglich Berechtigten giebt. Die Inhaber von dinglichen Rechten, welche kraft ihres Rechts die Detention der Sache haben, wie der Usufructuar, der Superficiar, der creditor pignoraticius, erhalten also regelmäßig durch die missio ex primo decreto

Kenntniß von dem Verlangen des missus und sind mithin ohne Weiteres in der Lage, daß sie de damno infecto satisdare possunt: darum ist ihnen, wenn sie es nicht gethan haben und infolge davon die missio ex secundo decreto verfügt ist, regelmäßig ihr Recht definitiv entzogen. Hingegen wird es häufig vorkommen, daß der nicht im Besitz befindliche creditor hypothecarius von dem gegen den Eigenthümer erhobenen Cautionsanspruch nichts erfährt, wie auch wiederum der Immittirte häufig von den auf dem Grundstück lastenden Pfandrechten nichts wissen wird und daher den Pfandberechtigten von seinem Verlangen nicht benachrichtigt. In diesem Fall liegt also regelmäßig die Bedingung vor, unter welcher der dinglich Berechtigte auch nach der missio ex secundo decreto sein Recht noch geltend machen darf, während in den andern Fällen ebenso regelmäßig jene Bedingung fehlt. Aus diesem Grund wird von Ulpian in l. 15. §. 24. h. t. den Inhabern von iura in re und in l. 15. §. 25. eod. speciell dem creditor pignoraticius gegenüber dem in possessionem missus die persecutio denegirt, während African in l. 44. §. 1. h. t. dem creditor hypothecarius, falls er nur zur nachträglichen Uebernahme der defensio bezüglich zum Ersatz der auf die refectio aedium verwandten Impensen bereit ist, auch nach der missio ex secundo decreto dieselbe gestattet. Beide Ausssprüche beziehen sich nur auf das regelmäßige Verhältniß, daß Jene Kunde von dem erhobenen Cautionsanspruch haben, der Letztere nicht; beide sind in dieser Allgemeinheit nicht richtig: der Usufructuar, der bona fide absens war, hat reversus die potestas defendendi, der creditor hypothecarius, der infolge seiner Kenntniß vor der missio ex secundo

decreto potuit de damno infecto satisdare, hat, wenn er es unterließ, später auch gegen das Erbieten zum Ersatz nicht mehr die Möglichkeit sein Recht zu verfolgen. Es ist hiernach ganz unbegründet, wenn Bachofen (S. 122—124) einen Widerspruch zwischen African und Ulpian annimmt und der Meinung des letztern, der dem Gläubiger die Pfandklage ebenso unbedingt wie dem Nießbrauchberechtigten die persecutio ususfructus verweigere, den Vorzug giebt vor der des erstern, wonach die jeden Wechsel des Eigenthums überdauernde Pfandklage immer noch zustehen und ihre Verweigerung nur dann begründet sein soll, wenn dem jetzigen Eigenthümer die von ihm aufgewandten Kosten nicht ersetzt werden. Daß von einem Widerspruch nicht die Rede ist, ist bereits von Anderen geltend gemacht worden[54]); nur darf man nicht, wie gewöhnlich geschieht, als Voraussetzung für den Ausschluß des dinglich Berechtigten dessen vergebliche Aufforderung durch den Cautionssucher aufstellen, vielmehr genügt jede vor der missio ex secundo decreto erlangte Kunde von dem Cautionsverlangen, um ihm die Ausübung seines Rechts trotz nachträglicher Cautions- und Ersatzofferte zu entziehen.

26. Nach dem bisher Ausgeführten kann lediglich und allein der Eigenthümer als cautionspflichtig in dem Sinn bezeichnet werden, daß der Antrag auf Cautionsleistung gegen ihn gerichtet werden muß, aber auch nur gegen ihn gerichtet zu werden braucht, damit es zur

54) Vgl. Dernburg Pfandrecht II. S. 595. Elvers Servitutenlehre S. 527. N. c. Hesse Rechtsverh. I. S. 165. Aebli Die c. d. inf. S. 41.

missio in possessionem, zum possidere iubere kommt, wenn nicht cavirt wird. Eine missio mit der Wirkung des schließlichen Eigenthumserwerbs für den Bedrohten kann nie verfügt werden, wenn nur der Inhaber eines ius in re aliena um Cautionsleistung angegangen ist; sein Nichtcaviren hat da, wo er überhaupt caviren konnte, nur die Wirkung, daß ihm, wenn infolge des Vorhandenseins jener Voraussetzung der Cautionssucher immittirt ist, die persecutio denegirt wird: dieser Nachtheil tritt in Verbindung mit der gegen den Eigenthümer verfügten missio in possessionem ein. Giebt es nun aber nicht auch eine selbständige Cautionspflicht des dinglich Berechtigten? Ist es nicht möglich, daß die Caution blos von ihm gefordert wird und wenn er sie zu leisten sich weigert, zwar nicht die missio in possessionem mit der Wirkung des schließlichen Eigenthumserwerbs, aber doch in der Weise erfolgt, daß ihm sein dingliches Recht abgesprochen und auf den Cautionssucher übertragen wird? Die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens ist von den neueren Schriftstellern, theilweis auch schon den älteren, mehrfach behauptet worden, ja es kann diese Ansicht als die communis opinio bezeichnet werden. Man stellt das Princip auf, daß der ex secundo decreto Immittirte immer dasselbe Recht bekomme, welches der Impetrat hatte, also Eigenthum mit aufhaftendem dinglichen Recht — das dingliche Recht — Eigenthum frei von dinglichem Recht, je nachdem die Forderung allein gegen den Eigenthümer, allein gegen den dinglich Berechtigten, oder gegen beide zusammen gerichtet war[55]).

55) Vgl. Göschen Vorl. Bd. II. §. 660. Keller Pand.

Ehe auf diese Ansicht und ihre Widerlegung eingegangen werden kann, bedarf eine andere nicht minder irrige Meinung der Erwähnung, die unter den Aelteren in Donellus und neuerdings in Hesse einen Vertreter gefunden hat, obgleich beide ihre Ansicht nicht rein durchführen und festhalten.

Nach Donell[56]) erfolgt die missio, da sie eine Strafe der verweigerten Caution sei, gegen diejenigen, von denen die Caution verlangt werden kann. Den angeblichen Widerspruch der Quellen, nach denen der missus ex secundo decreto bald als sofort das Eigenthum erwerbend, bald als nur in conditione usucapiendi befindlich bezeichnet werde, sucht er so zu beseitigen, daß er beides unter verschiedenen Voraussetzungen für richtig hält: der missus werde nach dem Willen des Prätors immer Eigenthümer, aber rechtlich unter der Bedingung, daß der Nichtcavirende, von dem ihm der Besitz übertragen wird, Eigenthümer war, hingegen wenn dies nicht der Fall sei, könne er, da ihm vom Gegner nicht mehr übertragen werden konnte als dieser selbst hatte, auch nicht Eigenthümer werden; da nun aber nach den Quellen der missus Eigenthümer werden solle, so bleibe nichts übrig als daß er es durch Ersitzung erwerbe. Dies liege hier auch gar nicht fern. Denn der, von dem die Caution gefordert werde, sei nicht immer Eigenthümer: so sei die Caution vom Superficiar, Usufructuar, Pfandgläubiger giltig zu verlangen und wenn

§. 162. bei Anm. 37. 38. Arndts Pand. §. 328. A. 6. Windscheid Pand. §. 459. A. 27. Baron Pand. S. 654. Aebli S. 42.

56) Comm. iur. civ. XV. c. 47. §. 13. 14.

von diesen die Sache übertragen werde, so könne der missus natürlich nicht Eigenthum erwerben; in den Stellen, nach welchen der Prätor gestatte rem capere per longum tempus, werde nicht hinzugefügt, wer der Gegner des missus sei: sie bezögen sich eben auf solche Fälle, wo dem Cautionsfordrer ein Andrer als der Eigenthümer gegenüberstehe. Danach nimmt Donell an, daß, wenn nur der Inhaber eines ius in re belangt ist, durch die missio nicht das dingliche Recht auf den Kläger übertragen, sondern der Usucapionsbesitz begründet wird. Trotzdem sagt er unmittelbar darauf: der missus erlange nicht mehr, als Jeder, dem aus andern Gründen der Besitz übertragen werde, die Sache sei immer eodem iure beim Empfänger wie beim Geber, werde also gegen den Inhaber von aedes vectigales geklagt und die missio verfügt, so erhalte der missus nur dasselbe Recht wie der Nichtcavent, also die actio vectigalis.

Noch größer ist das Schwanken und die Inconsequenz bei Hesse. In seiner früheren Schrift[57]) geht er davon aus, daß, möge der Eigenthümer oder ein bonae fidei possessor oder der Inhaber eines ius in re belangt sein, wegen Nichtcavirens die missio erfolge und dem Kläger bonitarisches Eigenthum gewähre und zwar so, daß auch in den beiden letzteren Fällen der Eigenthümer trotz seines Cautionserbietens nicht wirksam vindiciren könne; ob die Caution vom Eigenthümer oder vom dinglich Berechtigten gefordert werde, begründe gar keinen Unterschied und die Mittelmeinung, daß durch die missio, wenn der vorherige Besitzer Eigenthümer war,

57) C. d. infecti S. 117 ff.

das Eigenthum, wenn er nur ein ius in re aliena hatte, blos Usucapionsbesitz begründet werde, sei zu verwerfen. Danach wäre also die Folge des Nichtcavirens, einerlei von wem die Caution verlangt war, stets die missio mit der Wirkung des Eigenthumserwerbs. — Diese Ansicht hat Hesse in seinem spätern Werk[58]) aufgegeben, er nähert sich hier der Auffassung von Donell. Zunächst erkennt er an, daß die Wirkung der Besitzeinweisung verschieden sei je nach der Person des dem Cautionssucher gegenüberstehenden Verpflichteten. Sodann macht er einen Unterschied zwischen Superficies und Emphyteuse einerseits, und Ususfructus und Pfandrecht andrerseits. Wenn nämlich wegen einer Superficies oder einer blos in Gebäuden bestehenden Emphyteuse und zwar nur vom dinglich Berechtigten die Caution gefordert werde, dann könne auch die Immission in diese Gebäude respective in die Superficies allein stattfinden (S. 154.), was er als gleichbedeutend damit ansieht, daß durch das zweite Decret nicht volles Eigenthum, sondern nur das emphyteutische Recht oder die Superficies erworben werde (S. 166.). Anders bei Ususfruct und Pfandrecht (S. 165. 159. 160.). Wenn der Bedrohte sich begnüge, die Caution nur vom Usufructuar oder Pfandgläubiger zu fordern — welchen Fall Hesse demjenigen gleichgestellt, wenn der Anspruch gegen den bonae fidei possessor erhoben ist —, so könne jedenfalls die zweite Einweisung nur eine bonae fidei possessio für den Immittirten bewirken und der Eigenthümer sei berechtigt, vor Ablauf der Verjährungszeit unter dem Erbieten zur Cautionsleistung das Grundstück

58) Rechtsverh. I. S. 97 f., 154. 160 ff. 164. 165.

zu vindiciren. Dafür soll die Analogie der Noxalklagen sprechen: auch hier bewirke, wenn der Kläger sich mit der Vertheidigung des Sclaven durch den Usufructuar und Pfandgläubiger begnügt und nicht den Eigenthümer selbst belangt habe, die von diesen Personen oder auch von einem bonae fidei possessor vorgenommene noxae datio nicht Eigenthum, sondern nur Besitz in gutem Glauben. — Ein Blick auf die für diese Behauptung angeführten Stellen, l. 27. §. 1. und l. 28. de nox. act., genügt, um die Hinfälligkeit dieser Stütze klar zu machen. In der ersten Stelle ist nicht von einer noxae datio Seitens des Usufructuars und Pfandgläubigers die Rede, sondern Seitens desjenigen, qui alienum servum in iure suum esse respondit, und in l. 28. erfolgt die noxae datio durch den bonae fidei possessor des Sclaven: diese Personen können natürlich nullum ad actorem dominium transferre, cum ipsi domini non sint, aber der noxae accipiens wird Usucapionsbesitzer und kann den vindicirenden Eigenthümer mit exceptio doli zurückweisen, wenn dieser nicht zur Zahlung der litis aestimatio bereit ist. Und das Gleiche gilt für die cautio damni infecti. Wenn aber mit Uebergehung des Eigenthümers der Usufructuar als solcher auf Cautionsleistung belangt wird, wie soll da die Folge seiner Weigerung zu caviren der Erwerb der bonae fidei possessio für den Kläger sein können? Wie sollte er den animus domini fassen und wie in bona fide sein, wenn er weiß, daß ein Andrer, den zu belangen er gar keinen Versuch gemacht hat, der Eigenthümer ist? Und weshalb sollte denn in dem gleichen Fall das Nichtcaviren von Seiten des allein belangten Emphyteuta und Superficiars nicht auch dem Kläger die condicio usu-

capiendi gewähren, sondern den Uebergang des dinglichen Rechts zur Folge haben?

Mit Recht hat die Ansicht von Donell wie von Hesse so wenig Anklang gefunden, daß man sie für verschollen erklären kann: in keiner der neueren Schriften finden sich dieselben auch nur erwähnt. Die gewöhnliche Auffassung geht jetzt wie gesagt dahin, daß, wenn der allein belangte Inhaber eines ius in re nicht cavirt, die gegen ihn verfügte missio sein Recht auf den Cautionssucher übertrage. Auch dies kann jedoch als richtig nicht anerkannt werden.

Zunächst wäre eine solche Uebertragung des dinglichen Rechts außer beim Emphyteuta nur noch beim Superficiar denkbar. Der Ususfructus ist ja dem Recht nach unübertragbar, durch die Annahme, daß der missus ex secundo decreto den Ususfruct in bonis habe, würde man zu der Singularität einer Zulässigkeit der Veräußerung des Ususfructus kommen. Wenn man nun auch diesen Einwand noch damit beseitigen kann, daß zwar nicht das Recht selbst, aber doch die Ausübung des Nießbrauchs übergehe, so paßt das doch jedenfalls nicht für das Pfandrecht. Wie sollte das Recht des nichtcavirenden Pfandgläubigers auch nur der Ausübung nach auf den Cautionssucher übertragen werden können, ein Pfandrecht ohne eine Forderung, die es sichert? Arndts[59]) meint, es gehe auf den missus der Besitz der Pfandsache mit Ausschließung des Pfandgläubigers über. Wenn nun der Pfandgläubiger nur creditor hypothecarius ist? Und was soll dem Bedrohten der Besitz der Sache nützen, den er nur dem Pfandberech-

59) Pand. §. 328. Anm. 6.

tigten, nicht auch dem Eigenthümer gegenüber aufrecht erhalten kann? Will man einen selbständigen Cautionsanspruch gegen die Inhaber von iura in re anerkennen, dann muß man nothwendig als Folge ihrer Weigerung annehmen, daß, wie l. 15. §. 26. h. t. in Bezug auf den nichtcavirenden Emphytenta sagt, der Bedrohte eodem iure sit, quo foret is qui non caverat. Das ist aber beim Pfandgläubiger einfach unmöglich, und da zwischen Ususfructus und Pfandrecht in dieser Beziehung ein Unterschied in den Quellen nicht gemacht, vielmehr bei beiden gleichmäßig als die Folge des Nichtcavirens immer nur das denegare der persecutio iuris hervorgehoben wird, so dürfte darin schon genügender Grund liegen, um jene Annahme als unhaltbar erscheinen zu lassen. Andere[60]) berücksichtigen wenigstens die Unmöglichkeit des Uebergangs mancher dinglicher Rechte: sie sollen so gut als möglich auf den Cautionssucher übergehen und wenigstens auf keine Weise gegen ihn geltend gemacht werden können. Was nützt es aber dem Bedrohten, daß ein Pfandrecht gegen ihn nicht verfolgt werden kann, wenn er nicht zugleich den Besitz und das Eigenthum des Pfandobjects erhält?

Wenn aber auch dieser Grund, daß eine Uebertragung des dinglichen Rechts gar nicht überall denkbar ist, weniger ins Gewicht fiele, ist doch das Gewicht der andern Gründe, welche jene Ansicht als verwerflich erscheinen lassen, noch immer groß genug.

Bereits oben (Ziff. 25. bei Anm. 36.) wurde als ein Hauptargument gegen die selbständige Cautionspflicht der dinglich Berechtigten hervorgehoben, daß nicht blos

60) Z. B. Göschen, Keller, Baron a. a. O.

der Usufructuar und Pfandgläubiger, sondern auch der Superficiar nach ausdrücklichem Zeugniß der Quellen in Form der satisdatio, also alieno nomine cavirt. Sie caviren mithin an Stelle eines Andern, thun etwas, was an sich ihnen zu thun nicht obliegt und worauf sie jedenfalls nicht an erster Stelle in Anspruch genommen werden können: daß sie möglicherweise, wenn nämlich auch der Eigenthümer vergeblich zur Cautionsleistung aufgefordert ist, infolge ihrer Weigerung für den Eigenthümer einzutreten einen Nachtheil erleiden, ändert daran nichts. Wie sie trifft auch den legatorum servandorum causa und den ex primo decreto damni infecti nomine in den Besitz des Grundstücks Eingewiesenen ein Nachtheil, wenn nicht cavirt wird: aber die missio ist dort wie hier von etwas Anderem abhängig als von ihrem Nichtcaviren und die Verweigerung der Verfolgung ihres Rechts ist nicht die missio. Nur wenn der Eigenthümer vergeblich zur Cautionsleistung aufgefordert war oder, was dem gleichsteht, wegen seiner Abwesenheit oder aus andern Gründen nicht belangt werden konnte, nur dann tritt, falls nicht eben ein Anderer für ihn cavirt, die im Edict vorgeschriebene Folge des Nichtcavirens, die missio in possessionem, ein, unter welcher dann auch andere Personen leiden, die durch ihr Eintreten an Stelle des Eigenthümers diese Folge hätten abwenden können.

Die Ansicht, daß gegen den allein belangten und die Caution nicht leistenden Inhaber eines ius in re die missio in dem Sinn verfügt werde, daß das dingliche Recht auf den Kläger übergehe, steht endlich in Widerspruch mit der Bedeutung und dem Charakter der missio. Diese ist nicht etwa allgemein, wie jene Ansicht voraussetzt, Aberkennung des Rechts des Nichtcaven-

ten und Uebertragung desselben auf den Kläger. Nach dem prätorischen Edict und den zahlreichen Aussprüchen der Juristen hat die missio immer die Wirkung, daß zunächst der Mitbesitz, dann der Alleinbesitz und das Eigenthum an dem schadendrohenden Grundstück bezüglich die condicio usucapiendi begründet wird: nach den Quellen ist die missio gar nicht anders gedacht als daß der missus schließlich das Eigenthum erwirbt. Praetoris officium est, sagt Paulus in l. 5. pr. h. t., ut missus in possessionem etiam eam per longi temporis spatium in suum dominium capere possit; cum damni infecti nomine in possessionem missi sumus, si id longo tempore fiat, etiam possidere nobis et per longam possessionem capere praetor causa cognita permittit (l. 3. §. ult. de A. P. 41. 2); eum qui in possessionem damni infecti mittitur, non prius incipere per longum tempus dominium capere quam secundo decreto a praetore dominus constituatur (l. 15. §. 16. h. t.); wenn vor dem zweiten Decret nach Immission des Einen noch ein Zweiter immittirt ist, aequaliter ambo aedium fiunt domini, scilicet cum iussi fuerint possidere (l. 15. §. 17. h. t.); ubi quis possidere iussus est, dominus deiciendus erit possessione (l. 15. §. 23. h. t.). Hienach kann die Bedeutung und das Wesen der missio, des possidere iubere, welches in manchen Stellen (l. 7. §. 1. de usufr. 7. 1. l. 15. §. 33. h. t.) geradezu als possidere iubere iure dominii bezeichnet wird, nur darin bestehen, daß der missus, bezüglich nach Ablauf der Ersitzungszeit, Eigenthum erwirbt [61]). Es wäre doch im

61) In l. 15. §. 26. h. t. wird für den Fall, si de ve-

höchsten Grad auffallend, wenn es eine missio im Sinn des Uebergangs der Superficies, des Ususfructus, des Pfandrechts gäbe und davon in den Quellen nirgends die Rede wäre. Immer wird der schließliche Erwerb des Eigenthums als die allgemeine und nothwendig eintretende Folge des Nichtcavirens hervorgehoben, nirgends findet sich eine Andeutung, daß die missio gegen den Usufructuar u. s. w. mit der Wirkung des Uebergangs des Rechts dieser Personen auf den Kläger verfügt werde. Die Folge ihres Nichtcavirens ist lediglich die denegatio der persecutio iuris. Nun ist aber weder das Ausgeschlossensein von der Geltendmachung eines Rechts gleichbedeutend mit der Uebertragung des Rechts auf einen Andern noch ist diese Ausschließung eine missio in possessionem. Die denegatio persecutionis tritt stets nur in Verbindung mit der gegen den Eigenthümer verfügten missio auf und ist ihre Folge, nicht die missio selbst: gegenüber dem durch die missio Eigenthümer gewordenen Kläger wird auch dem dinglich Berechtigten, der seinerseits nicht Caution leistet, die Verfolgung seines Rechts denegirt. — Die Denegation allein, ohne Uebergang des Eigenthums auf den Kläger, hat natürlich keinen Sinn: nur dem, der Eigenthümer ist, kann das Freiwerden des Eigenthums von dinglichen Rechten

ctigalibus aedibus non caveatur, die Unzulässigkeit der missio ex secundo decreto in ihrer normalen Gestalt, des possidere iubere, darauf gestützt, daß der missus nicht dominium capere possidendo potest, und die hier eintretende Folge des Nichtcavirens (decernendum ut eodem iure esset quo foret is qui non caveret) in Gegensatz zu dem possidere iubere gebracht.

etwas nützen. So ist denn auch in den Quellen da, wo von der Folge des Nichtcavirens Seitens des Usufructuars u. s. w. gesprochen wird, die Voraussetzung immer, daß der Cautionsanspruch gegen den Eigenthümer erhoben war: wenn weder der Eigenthümer noch der Usufructuar cavirt, dann wird in possessionem mittirt und wenn dies geschehen ist, dann wird der Usufructuar am uti frui gehindert, die petitio fructus denegirt[62]). Besonders deutlich tritt dies im Zusammenhang der Erörterung Ulpians in l. 15. §. 11—25. h. t., wo die missio zum Gegenstand eingehender Betrachtung gemacht ist, hervor. Ulpian will die Folge des Nichtcavirens darstellen: ex hoc edicto, si non caveatur, mittitur in possessionem a praetore in eam partem, quae ruinosa esse videtur. Er beschäftigt sich bis zum §. 24. mit einer Reihe von Fragen: mit dem Object, in welches immittirt wird, mit dem Fall, wenn Mehrere zusammen oder nach einander die Einweisung verlangen, mit den Wirkungen der missio ex primo und secundo decreto. Ueberall ist als selbstverständlich angenommen und ausgesprochen, daß der ex secundo decreto Immittirte den Alleinbesitz mit Ausschluß des Eigenthümers und das Eigenthum erlange. Und nun geht Ulpian, nachdem er bisher das Wesen der missio mit ihrem Endresultat, dem Eigenthumserwerb für den missus, dargestellt hat, in den §§. 24. 25. zu der Frage über: was gilt, wenn es zu einer solchen missio gekommen ist, hinsichtlich der auf der Sache lastenden dinglichen Rechte? Die Antwort lautet:

Si qua sint iura debita his, qui potuerunt de

62) l. 9. §. 4. 5. l. 10. h. t.

damno infecto satisdare, deneganda erit eorum persecutio adversus eum, qui in possessionem missus est (§. 24.). Item quaeritur in pigneraticio creditore, an pignoris persecutio denegetur adversus eum, qui iussus sit possidere. et magis est, ut, si neque debitor repromisit neque creditor satisdedit, pignoris persecutio denegetur. quod et in fructuario recte Celsus scribit (§. 25.).

Hat also der dinglich Berechtigte, während er es konnte d. h. um den Cautionsanspruch wußte, die missio — deren Bedeutung die bisher dargestellte, Erwerb des Eigenthums für den missus, ist — nicht abgewandt dadurch, daß er an Stelle des nicht cavirenden Eigenthümers die Caution in Form der satisdatio leistet, so ist der missus nicht blos Eigenthümer geworden, sondern es kann nun auch das dingliche Recht ihm gegenüber nicht geltend gemacht werden. Gäbe es eine missio lediglich gegenüber dem Usufructuar u. s. w. in dem Sinn, daß dessen Recht auf den Cautionssucher übertragen würde, so wäre es geradezu unverzeihlich, wenn Ulpian das an dieser Stelle verschwiege und nur von der denegatio persecutionis als der einzigen Folge des Nichtcavirens Seitens des Usufructuars spräche, um so unverzeihlicher, als er im folgenden §. 26. in dem Fall, wenn der Emphyteuta allein mit Uebergehung des Eigenthümers auf Cautionsleistung vergeblich belangt ist, eine Uebertragung des emphyteuticarischen Rechts anerkennt.

Gewiß ist das bisher Angeführte schon genügend, um die Annahme einer lediglich gegen den Usufructuar u. s. w. verfügten und dem Kläger dessen Recht über-

tragenden missio zu widerlegen. Das Folgende wird dieses Resultat bestärken.

Dem Uebergang des dinglichen Rechts würde natürlich eine missio ex primo decreto vorausgehen müssen: dadurch würde der Immittirte neben dem Usufructuar die Detention des Grundstücks und das Recht durch eigene Vornahme der Reparatur die Gefahr abzuwenden erhalten — offenbar könnte aber die lediglich gegen den Usufructuar verfügte Mission nur ihm, nicht dem Eigenthümer die angegebene Beschränkung auflegen, der Eigenthümer würde, so lange der missus nicht auch gegen ihn den Cautions- und Missionsbefehl erwirkt hat, denselben wie jeden Dritten von einem solchen Eingriff ausschließen können. Wenn nun trotzdem ganz allgemein gesagt wird[63]), es werde der missus durch eine Klage gegen denjenigen geschützt, der ihn an dem in possessione esse hindert, so ist der Fall nicht denkbar, daß gegen den Usufructuar allein mit Uebergehung des Eigenthümers der Cautionsanspruch erhoben und der Missionsbefehl ertheilt wird. — Ferner würde, wenn man eine missio gegen den Usufructuar und eine Uebertragung des Ususfructus auf den missus für möglich hält, jedenfalls das Recht des missus erlöschen, sobald das Object des Ususfructus untergegangen, also das usufructuarische Gebäude eingestürzt ist, und es könnte, falls dieser Einsturz vor der Besitzergreifung erfolgt ist, von einem in possessionem ire und einem Uebergang des Ususfructus nicht mehr die Rede sein. Wenn nun trotzdem in l. 15. §. 3. 4. h. t. ohne jede Unterscheidung auch nach Einsturz des Gebäudes die missio in possessionem ruinae

63) Vgl. unten Ziff. 45. 46.

vel areae für statthaft erklärt wird, so beweist dieser ganz generelle Ausspruch wieder, daß eine in der schließlichen Uebertragung des Ususfructus bestehende missio nicht als möglich gedacht ist. — In gleicher Weise läßt sich das aus den Grundsätzen deduciren, die in Bezug auf das Verhältniß zwischen dem cavirenden Usufructuar und dem nichtcavirenden Eigenthümer gelten. Der cavirende Usufructuar tritt dem Eigenthümer gegenüber an die Stelle des missus, dessen Einweisung er eben durch seine Caution abwendet: ut quod haberet vicinus missus in possessionem, id fructuarius habeat, qui damnum vicino sarciit (l. 22. pr. h. t.). Angenommen nun, daß die Caution blos vom Usufructuar verlangt sei und die infolge seines Nichtcavirens verfügte missio dem Kläger den Ususfructus gegeben habe, so würde der Usufructuar, wenn er cavirte und dadurch an die Stelle des missus träte, auch nur den Ususfructus erhalten, also nur das behalten, was er schon hat: da der missus gegenüber dem Eigenthümer, von dem die Caution nicht verlangt ist, kein Recht erhalten würde, so könnte auch der cavirende Usufructuar gegenüber dem Eigenthümer keinerlei Anspruch haben. Und doch wird überall, wo das Verhältniß zwischen Eigenthümer und Usufructuar erörtert wird, ganz allgemein und ausnahmslos gesagt, daß der cavirende Usufructuar, dem vom Eigenthümer nicht ganz bezüglich theilweis Ersatz geleistet wird, im Besitz der Sache bleibe, ja daß er sogar das Eigenthum erwerbe[64]). Das wäre nicht möglich, wenn die missio auch in der Weise vorkommen könnte, daß blos der Ususfructus überginge. Und weiter: die

64) l. 22. pr. l. 10. h. t. Vgl. unten Ziff. 29.

l. 22. pr. cit. sagt von dem cavirenden Usufructuar: et solum retinebit, si aedes ceciderint, donec praestetur ei damnum, so daß er dasselbe Recht habe wie der missus haben würde — also das Recht des missus würde durch den Untergang des Ususfructus unberührt bleiben, mithin kann das, was durch die missio auf ihn übergeht, nicht der Ususfructus sein. Wollte man die Schlüssigkeit dieser Argumentation dadurch zu entkräften suchen, daß man sagt, es sei hier an den Fall gedacht, wo zugleich der Eigenthümer und der Usufructuar auf Cautionsleistung belangt sei, so würde dem entgegenzuhalten sein, daß das nur beweist, wie eben dieser Fall, daß zugleich der Eigenthümer in Anspruch genommen wird, als selbstverständlich immer vorausgesetzt wird. Gäbe es in der behaupteten Weise eine missio allein gegen den Usufructuar, so könnten nicht Sätze als allgemeingiltig aufgestellt werden, die auf diesen Fall entschieden unanwendbar sind. — Endlich wird jene Ansicht widerlegt durch das, was bei den Noxalklagen gilt. Auch hier wird ganz so wie bei der cautio damni infecti als die Folge des non defendere von Seiten des Usufructuars und Pfandgläubigers die denegatio der persecutio iuris genannt. Gegen diese Personen kann ein selbständiger Noxalanspruch gar nicht geltend gemacht werden, die Klage muß gegen den Eigenthümer gerichtet sein: übernimmt dieser die defensio nicht, dann kommt es, falls auch Usufructuar und Pfandgläubiger defensionem suscipere nolunt, zur ductio, welche dem Eigenthümer das Eigenthum entzieht und auf den Kläger überträgt, dem dinglich Berechtigten, der nicht für den Eigenthümer eintrat, während er es konnte d. h. Kenntniß von dem erhobenen Anspruch hatte, wird gegenüber

dem neuen Eigenthümer die Verfolgung seines Rechts verweigert. Niemand wird behaupten, es könne eine ductio servi indefensi in dem Sinn vorkommen, daß, wenn der mit Uebergehung des Eigenthümers belangte Usufructuar oder Pfandgläubiger die Vertheidigung nicht übernehme, dem Verletzten der Ususfructus oder das Pfandrecht eingeräumt werde[65]).

27. Gegenüber all diesen Gründen, die gegen die Annahme einer selbständigen Cautionspflicht der ding-

65) Allerdings kann es bei actio noxalis wie bei c. d. infecti vorkommen, daß der Usufructuar allein in Anspruch genommen und bei seiner Weigerung dem Anspruch Folge zu leisten, die ductio und missio verfügt wird, nämlich dann, wenn der Eigenthümer wegen Abwesenheit oder aus anderen Gründen nicht belangt werden konnte. Hier kann der Verletzte oder Bedrohte den Versuch machen, ob nicht statt des Eigenthümers der die Sache in Händen habende dinglich Berechtigte die defensio übernehmen will, und wenn auch dieser Versuch erfolglos bleibt, dann wird der Ductions- oder Missionsbefehl erlassen. Dann hat aber einerseits dieser Befehl die Vollwirkung, daß das Eigenthum auf den Kläger übergeht, und andererseits würde diese Wirkung auch ohne vorheriges Belangen des dinglich Berechtigten eintreten: sein non defendere ist nicht positive Voraussetzung für diesen Befehl, so daß es zu demselben erst dann käme, wenn sein defensionem suscipere nolle gerichtlich festgestellt ist, sondern es kann nur durch sein defendere der Erlaß dieses Befehls gehindert werden. Das Auffordern des dinglich Berechtigten hat eine Bedeutung nur insofern, als, wenn er sich weigert, er von der Geltendmachung seines Rechts definitiv ausgeschlossen ist.

lich Berechtigten und einer das dingliche Recht auf den Cautionssucher übertragenden missio sprechen, würde die Existenz jener Ansicht geradezu unbegreiflich sein, wenn nicht die Vertheidiger derselben in einer einzigen Stelle, der l. 15. §. 26. h. t., einen Anhalt dafür zu finden glaubten. Ohne diese Stelle würde, das darf man wohl behaupten, schwerlich Jemand eine so innerlich unbegründete und quellenwidrige Behauptung aufgestellt haben. Aber die hervorgehobenen Gründe behalten trotz dieser Stelle ihre Geltung, ja die in derselben für den Emphyteuta anerkannte Ausnahme bestätigt, wie wir sehen werden, die Regel, und eine Generalisirung und Uebertragung des von dem Emphyteuta Gesagten auf die Inhaber anderer dinglicher Rechte ist durchaus unzulässig. Die Stelle lautet:

Si de vectigalibus aedibus non caveatur, mittendum in possessionem dicemus nec iubendum possidere (nec enim dominium capere possidendo potest), sed decernendum, ut eodem iure esset, quo foret is qui non caverat: post quod decretum vectigali actione uti poterit.

Zunächst herrscht großer Streit darüber, welches das Verhältniß zwischen diesem und dem folgenden §. 27:

Sed in vectigali praedio si municipes non caverint, dicendum est dominium per longum tempus adquiri

ist und worin die Verschiedenheit der in den beiden Stellen behandelten Fälle besteht.

Hesse nahm früher[66]) an, daß der §. 27. von

66) C. d. infecti S. 121—123. Diese Ansicht findet sich

Vectigalgrundstücken der Munizipien, der §. 26. von solchen des Fiscus spreche: von dem Fiscus habe, wie überhaupt keine Caution (?), so auch die cautio damni infecti wegen seiner Vectigalgrundstücke nicht gefordert werden können, sei sie aber von dem Erbpachter gefordert und nicht geleistet, so habe der missus nur das emphyteutische Recht, nicht aber durch die dem Fiscus gegenüber unmögliche Usucapion das volle Eigenthum erhalten. Später hat Hesse diese Ansicht stillschweigend aufgegeben[67]). Daß sie durchaus haltlos ist, bedarf keiner Ausführung. Der Gegensatz beider Stellen ist, daß dort der Emphyteuta, hier der Eigenthümer nicht cavirt, der Ausdruck municipes[68]) soll nur den Eigenthümer bezeichnen, nicht daß der Eigenthümer gerade ein Municipium im Gegensatz zum Fiscus sei.

Näher scheint auf den ersten Blick die Annahme zu liegen, daß in der einen Stelle von Gebäuden (aedes vectigales), in der andern von unbebauten Grundstücken (praedium vectigale) gesprochen werde, eine Ansicht, die in Bachofen[69]) einen Vertheidiger gefunden hat. Dagegen erhebt sich jedoch — ganz abgesehen davon, daß kein Grund vorliegt, weshalb der Ausdruck

übrigens schon unter den vier von der Glosse aufgezählten Erklärungsversuchen.

67) Rechtsverh. I. S. 154. Ziff. 3. S. 166.

68) Die Conjectur mancipes statt municipes, die sich bei Alciat Disput. III. 10. findet, ist verkehrt: das Nichtcaviren des Pachters von Staatsland, welches der Usucapion entzogen ist, kann unmöglich bewirken, daß missio mit Ersitzungsmöglichkeit stattfindet, was doch nach §. 27. der Fall ist.

69) Pfandrecht S. 381. 382.

praedium gerade nur von einem praedium rusticum verstanden werden müßte — sofort das Bedenken, worin denn der eine solche Verschiedenheit der Behandlung begründende innere Unterschied zwischen Gebäuden und Feldgrundstücken liegen soll. Was Bachofen anführt, ist sicherlich nicht geeignet, dieses Bedenken zu heben. Seine Deduction ist folgende. Bei vectigalischen Gebäuden kommt eine missio gegen den Inhaber des Vectigalrechts in der Weise vor, daß das zweite Decret, weil das Vectigalrecht kein Gegenstand des Usucapionsbesitzes sei, nicht auf possessio, sondern auf Substitution in das Sachenrecht des Ausgewiesenen laute, bei Grundstücken hingegen werde niemals gegen den Inhaber des Sachenrechts allein, sondern stets auch zugleich gegen den Eigenthümer eingewiesen, denn in dem praedium vectigale habe die Mission einen usucapionsfähigen Gegenstand, daher sehe sich hier der Eigenthümer zur Cautionsleistung genöthigt und laute das Decret auf possessio. Der Grund aber der verschiedenen Behandlung sei klar: bei Grundstücken sei es schwer, ja unmöglich, nachzuweisen, auf wessen Rechnung der drohende Zustand des Grundstücks zu schreiben sei und es könne deshalb auch die missio nicht ausschließlich gegen den Einen oder den Andern verhängt werden, bei Gebäuden hingegen falle der Ursprung der Gefahr in die Augen und es sei hier stets möglich, die missio auf den schuldigen Theil zu beschränken. — Was hat hier der unglückliche Wechsel zwischen aedes vectigales und praedium vectigale Alles verschuldet[70])! Einen Satz des

70) In manchen Handschriften fehlt aedibus; dann wäre natürlich jeder Zweifel gehoben, es wäre einfach praediis zu subintelligiren.

Inhalts: „wenn wegen eines vectigalischen Gebäudes der Emphyteuta nicht cavirt, tritt die mit die Folge ein, wenn aber wegen eines Vectigalgrundstücks der Eigenthümer nicht cavirt, ist die Folge eine andere", kann man unmöglich als den Ausdruck des Gedankens ansehen, daß hinsichtlich eines Hauses und eines Feldgrundstücks eine Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung eintrete. In dem ersten Glied ist der Fall genauer bezeichnet, daß nämlich durch die ruina aedium der Schaden droht, im zweiten ist statt Haus der generellere Ausdruck Grundstück gebraucht, der Häuser mitumfaßt: wie kann man daraus einen Schluß auf einen Unterschied zwischen Haus und Feldgrundstück ziehen? Die von Bachofen geltend gemachten Gründe vermögen einen solchen Unterschied nicht zu motiviren und stehen überdies mit seinen eigenen frühern Ausführungen in Widerspruch. Weil bei Gebäuden, anders als bei Feldgrundstücken, der Ursprung der Gefahr in die Augen falle und es darum möglich sei, die missio auf den schuldigen Theil zu beschränken, soll in §. 26. die missio blos gegen den Emphyteuta mit der Wirkung des Uebergangs seines Rechts auf den Eigenthümer verfügt werden. Nun haben wir aber früher gesehen und Bachofen selbst (S. 118.) hebt es hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Proprietar und Fructuar wie Superficiar ausdrücklich hervor, daß auf den Ursprung der Gefahr dem Bedrohten gegenüber nichts ankommt, daß der Eigenthümer oder der dinglich Berechtigte in totum, et de soli et de aedificii vitio, caviren muß, um die in ihrem Endresultat zum Eigenthumsübergang führende missio abzuwenden. Daß die Mission in den aedes vectigales keinen usucapionsfähigen Gegenstand hat, während das praedium vectigale

ersessen werden kann — worauf Bachofen den Unterschied der beiden Decrete in §. 26. und 27. zurückführt —, ist unzweifelhaft richtig, wenn man an die Ersitzung des Eigenthums, also bei aedes vectigales an das Gebäude ohne Grund und Boden denkt. Das meint aber Bachofen nicht, denn er giebt als Grund, weßhalb gegen den Inhaber des Vectigalrechts an einem Gebäude das zweite Decret nicht auf possessio lautet, den an, daß das Vectigalrecht kein Gegenstand des Usucapionsbesitzes sei. Inwiefern aber für die Zulässigkeit der Ersitzung des Vectigalrechts der Umstand, daß dasselbe an einem Gebäude oder an einem Feldgrundstück stattfindet, einen Unterschied begründen soll, ist schwer verständlich. Das, was das Aussprechen des possidere iubere in §. 27. zulässig macht, ist nicht der Umstand, daß das Object der Emphyteuse ein praedium rusticum ist, sondern der, daß der Eigenthümer belangt war und gegen ihn die missio verfügt wird: in diesem Fall ist aber auch, wenn es sich um aedes vectigales handelt, das possidere iubere statthaft, wie andrerseits dieses Decret nicht möglich ist, falls das Vectigalrecht ein Feldgrundstück zum Gegenstand hat und nur vom Inhaber des Vectigalrechts die Caution gefordert ist.

Wenn also, wie durch das eben Bemerkte wohl festgestellt sein dürfte, auf den Wechsel des Ausdrucks aedes und praedium kein Gewicht zu legen ist, so bleibt nur die Erklärung übrig, die man jetzt als die fast allgemein angenommene bezeichnen darf: der §. 26. spricht von dem Fall, wenn der Emphyteuta allein, der §. 27. von dem Fall, wenn der Eigenthümer vergeblich zur Cautionsleistung aufgefordert ist. Nach §. 26. soll der Cautionssucher infolge des zweiten Decrets eodem

iure sein quo foret is qui non caverat, nämlich die actio vectigalis haben, also ist der vergeblich zur Cautionsleistung aufgeforderte Gegner, gegen den die missio verfügt ist, der Emphyteuta; nach §. 27. erfolgt das zweite Decret in der gewöhnlichen Form mit possidere iubere iure dominii, so daß der Eingewiesene dominium per longum tempus adquirit, und die Voraussetzung dafür ist: si municipes non caverint, also daß der Eigenthümer belangt und gegen ihn die Mission verfügt ist. Würden Beide, der Eigenthümer und der Emphyteuta, die Cautionsleistung verweigert haben, so würde die gewöhnliche Folge eintreten: der missus würde das Eigenthum erhalten und dem Emphyteuta die Verfolgung seines Rechts denegirt werden[71]).

71) Ebenso unbegründet wie die Unterscheidung von aedes und praedium ist die weitere Behauptung von Bachofen S. 118. A. 1., daß die Cautionspflicht allein auf dem Emphyteuta ruhe: blos gegen ihn werde mittirt, der Eigenthümer behalte sein Eigenthum und nur der Inhaber der Emphyteuse wechsele. Letzteres ist doch nur dann richtig, wenn lediglich der Emphyteuta belangt ist. Um diese Behauptung gegenüber dem §. 27. aufrecht erhalten zu können, sieht Bachofen sich zu einer höchst gezwungenen Interpretation des §. 27. genöthigt. Er subintelligirt, daß der Inhaber des praedium vectigale bonae fidei possessor werde: dann usucapire er wie jeder andere b. f. possessor das Eigenthum selbst und dasselbe Recht gehe auf den missus über, so daß in diesem Fall der missus auch das Eigenthum erwerbe, dieser Gefahr könne der Eigenthümer nur durch eigene Caution, der er sonst nicht unterworfen sei, entgehen: das sei der Inhalt des §. 27., der keinen anderen Zweck habe, als die Regel des §. 26., wonach dem Eigenthum des muni-

Nach der einen wie der andern Auffassung enthält aber die l. 15. §. 26. unzweifelhaft einen Fall, wo ein selbständiger Cautionsantrag lediglich gegen den Inhaber eines ius in re gerichtet ist und gegen diesen ein Missionsdecret mit der Wirkung erlassen wird, daß das dingliche Recht auf den missus übergeht. Da wir ein solches Verfahren hinsichtlich der übrigen iura in re als unzulässig behauptet und wohl auch bewiesen haben, so liegt uns der Nachweis ob, daß das für den Emphyteuta Geltende eine Ausnahme ist und wodurch sich diese Ausnahme erklärt und rechtfertigt[72]).

Schon die gegen die Zulässigkeit einer derartigen missio gegenüber dem Usufructuar, Superficiar und Pfandgläubiger oben hervorgehobenen Gründe innerer und äußerer Natur sind stark genug, um eine Uebertragung des speciell nur von der Emphyteuse Gesagten auf die übrigen dinglichen Rechte zu verbieten. Es ergiebt sich aber der Character einer Ausnahmebestimmung auch deutlich aus der Stellung des §. 26. zu den vorhergehenden Paragraphen. In den §§. 11—23. wird ex professo die Bedeutung der Mission erörtert und die missio ex secundo decreto als ein possidere iubere iure dominii characterisirt, es handelt sich also, wie als selbstverständlich vorausgesetzt wird, um die Mission gegen den Eigenthümer; in §. 24. und 25. wird der Einfluß dieser gegen den Eigenthümer verfügten Mission auf

cipium keine Usucapion von Seiten des missus drohe, gehörig zu beschränken.

72) Auf den Fall der Emphyteuse beschränken die Entscheidung der l. 15. §. 26. cit. auch Elvers Servitutenlehre S. 525. und Vangerow III. §. 678. Anm. VII. 2. e.

die iura in re, speciell auf Pfandrecht und Ususfructus besprochen: den Inhabern dieser Rechte wird dem missus gegenüber, wenn sie satisdatio leisten konnten und es nicht thaten, die persecutio iuris denegirt, der missus hat das Eigenthum frei von diesen Rechten; der §. 26. nun handelt, im Gegensatz zu den bisherigen und dem folgenden Paragraphen, von dem Fall, wo nicht der Eigenthümer und etwa neben ihm der dinglich Berechtigte, sondern der dinglich Berechtigte allein belangt ist und gegen ihn die Besitzeinweisung erfolgt. Unzweifelhaft hätte, wenn ein solches Verfahren als allgemein statthaft gemeint wäre, hier von den iura in re überhaupt gesprochen werden müssen: statt dessen ist nur von der Emphyteuse die Rede. Wenn im Vorausgehenden für Pfandrecht und Ususfructus etwas ausgesagt wird und unmittelbar darauf von der Emphyteuse etwas andres, so fordern es die gewöhnlichsten Regeln der Interpretation, daß man das von der letzteren Gesagte nicht auch auf die ersteren bezieht. Der Grund, der in §. 26. dafür angegeben wird, daß, wenn blos der Emphyteuta belangt war, nicht ein possidere iubere, sondern nur ein decernere ut eodem iure sit quo foret is qui non caverat möglich ist, ist der, weil der Eingewiesene dominium capere possidendo non potest, d. h. weil der gar nicht belangte Eigenthümer unter der Weigerung des allein belangten Emphyteuta nicht leiden und sein Eigenthum verlieren darf, mithin das Endziel der missio ex secundo decreto in ihrer normalen Gestalt nicht erreicht werden kann[73]). Dieser Grund würde genau so zutreffen, wenn der Usufructuar mit Uebergehung

73) Dies allein, nicht, wie Bachofen meint, die Usuca-

des Eigenthümers zur Cautionsleistung vergeblich aufgefordert wäre: auch hier würde natürlich ein possidere iubere, wodurch der Eigenthümer beeinträchtigt würde, nicht möglich sein, sondern das zweite Decret die gleiche Fassung ‚ut eodem iure sit quo foret is qui non caverat' erhalten müssen. Wenn nun trotzdem beim Usufructuar und Pfandgläubiger immer nur der Fall, daß die missio gegen den Eigenthümer gerichtet ist, erwähnt und als Folge des Nichtcavirens jener Personen immer, und noch unmittelbar vor §. 26., lediglich die denegatio der persecutio iuris angegeben wird, so ist es geradezu unmöglich, das nur von dem Emphyteuta Gesagte auch auf sie anzuwenden. — Sonach wird vielmehr durch den speciell für den Emphyteuta hervorgehobenen Satz, daß gegen ihn ein selbständiger Anspruch auf Cautionsleistung zusteht und die Folge seines Nichtcavirens eine anomale Gestalt der missio in possessionem, der Uebergang seines emphyteutischen Rechts auf den Cautionssucher ohne Wechsel des Eigenthümers ist, das Resultat bestätigt, welches sich schon aus andern zwingenden Gründen uns ergeben hat: der Inhaber eines ius in re, eben mit dieser Ausnahme, ist nicht cautionspflichtig in dem Sinn, daß er mit Uebergehung des Eigenthümers auf Cautionsleistung belangt werden könnte und die Folge seiner Weigerung die Uebertragung seines Rechts auf den Kläger wäre. Nur wenn vom Eigenthümer vergeblich die Caution gefordert ist, kommt es überhaupt — mit Ausnahme der Emphyteuse — zur missio in possessionem und diese bewirkt in ihrer nor-

pionsunfähigkeit der aedes vectigales, ist mit diesem Satz gemeint.

malen Gestalt — von der nur bei der Emphyteuse eine Abweichung vorkommt — den Erwerb des Eigenthums für den Immittirten; daneben hat das Nichtcaviren von Seiten der dinglich Berechtigten nur die Wirkung, daß die das Eigenthum gewährende missio, die jene durch ihr Caviren hätten abwenden können, auch ihnen Nachtheil bringt, insofern als sie von der Geltendmachung ihres Rechts dem Eigenthümer gewordenen missus gegenüber ausgeschlossen sind.

Wie sich diese als Ausnahme nachgewiesene Bestimmung hinsichtlich des Emphyteuta erklärt, ist leicht ersichtlich. Sie rechtfertigt sich durch dessen ganze Stellung. Der Volksanschauung erschienen die Besitzer von Vectigalgrundstücken als die Herren derselben. Die Streitfrage, ob der Emphyteuta nur ein ausgedehntes ius in re aliena oder wirkliches Eigenthum habe, ist heutzutage zu Gunsten der ersteren Ansicht entschieden, aber sie war doch überhaupt nur möglich infolge des Umstands, daß das Recht des Emphyteuta dem des Eigenthümers fast gleichkommt. Das gleiche Schwanken fand bekanntlich unter den römischen Juristen statt, von denen eine Partei den emphyteutischen Contract als eine venditio oder alienatio auffaßte[74]). Ist nun auch zweifellos, daß die Ansicht derjenigen Juristen, welche dem Emphyteuta nur ein ius in re aliena zuschrieben, in der Justinianeischen Compilation die Oberhand behalten hat, so steht doch nicht minder fest, daß auch von diesen Juristen das emphyteutische Recht als ein von den übrigen iura in re verschiedenes und dem Eigen-

74) Gai. III. 145. §. 3. J. de loc. 3. 24. l. 1. C. de iure emph. 4. 66.

thum nahe verwandtes angesehen und behandelt wird. Der Erwerb der Früchte durch Separation, die Unterscheidung des stipulari fundum et si vectigalis sit von dem stipulari ius veluti usumfructum vel servitutem utrorumque praediorum in l. 1. pr. de cond. trit. 13. 3., das unbedenkliche Zugestehen der dem Usufructuar wenigstens nach der strengeren Ansicht verweigerten actio aquae pluviae arcendae und ebenso der actio arborum furtim caesarum[75]), die Gleichstellung der Besitzer zu emphyteutischem Recht mit den Grundeigenthümern hinsichtlich der Freiheit von der Verpflichtung zur satisdatio in l. 15. qui satisd. cog. 2. 8., der Satz der l. 5. §. 4. de rebus eor. 27. 9., daß infolge der von der alienatio praediorum rusticorum vel suburbanorum handelnden oratio Severi auch eine Emphyteuse vom Vormund nicht veräußert werden könne, quamvis ius praedii potius sit, die Erklärung Justinians in Nov. 7. c. 1., daß die Bestellung einer emphyteusis perpetua non procul ab alienatione abest — alles dies ist ein Ausfluß der Auffassung der Emphyteuse als eines dem Eigenthum sehr nahe verwandten und fast gleichkommenden Rechts. Jedenfalls stellt sich der äußeren Erscheinung nach der Emphyteuta als der an dem Grundstück hauptsächlich Berechtigte dar, der nur infolge seiner Abgabepflicht als einem Andern untergeordnet erscheint[76]). Es hat mithin nichts auffal-

75) l. 3. §. 4. l. 23. §. 1. D. 39. 3. l. 5. §. 2. 3. D. 47. 7.

76) Wie sehr in der Anschauung des Volks bei der Emphyteuse der Gedanke eines Rechts an einer fremden Sache zurücktrat, zeigt sich in der Erzählung des Pli-

lendes, daß gegen den Emphyteuta, anders als gegen den Usufructuar, ein selbständiger Anspruch auf Cautionsleistung zusteht in der Weise, daß sein Nichtcaviren den Uebergang des emphyteutischen Rechts auf den Cautionssucher zur Folge hat: es würde vielmehr auffallend sein, wenn es anders wäre. Zu weit geht es jedoch, wenn man[77]) aus dem Umstand, daß dem Eigenthümer die wichtigsten aus dem Eigenthum fließenden Attribute entzogen und auf den Emphyteuta übertragen sind, den Schluß zieht, daß der Eigenthümer die Herrschaft über die Sache für die Dauer der Emphyteuse ganz verliere, daß der Körper der Sache für ihn während dieser Zeit ein fremder werde und deshalb der Emphyteuta nicht als bloser Detentor für den Eigenthümer besitze. Daraus würde nothwendig folgen, daß der Eigenthümer mit einem selbständigen Anspruch auf Cautionsleistung wegen des vom emphyteutischen Grundstück drohenden Schadens nicht belangt werden könnte und daß, wenn er caviren wollte, er dies alieno nomine thue, also satisdatio leisten müsse. Das Erstere — wovon aber doch wieder das Zweite die nothwendige Folge wäre — behauptet, wie wir gesehen haben, Bachofen ausdrücklich: nach ihm ruht die Cautionspflicht allein auf dem Emphyteuta[78]). Daß diese Ansicht unhaltbar und der Versuch, die derselben direct entgegenstehende l. 15. §. 27. h. t. zu beseitigen, vollständig mißlungen ist, haben wir bereits nachgewiesen.

nius Epist. VII. 18. Vgl. Puchta Curs. d. Justit. II. §. 245. N. p.

77) So Elvers Servitutenlehre S. 301.

78) S. oben Anm. 71.

Wenn nun nach dem Bisherigen die selbständige Cautionspflicht des Emphyteuta lediglich die Consequenz aus der besonderen von der der übrigen dinglichen Rechte wesentlich verschiedenen eigenthumsähnlichen Natur der Emphyteuse ist, so kann schon deßhalb eine gleiche Cautionspflicht für die Inhaber anderer dinglicher Rechte nicht anerkannt werden. Für Ususfructus und Pfandrecht ist dies ohne Weitres klar, für sie speciell ist überdies der Gegenbeweis bereits oben geführt. Es kann sich also nur noch darum handeln, ob nicht für den Superficiar, dessen Recht dem des Inhabers eines ager vectigalis nachgebildet ist und der im Wesentlichen gleiche dingliche Befugnisse wie dieser hat, auch in Bezug auf die Cautionspflicht eine gleiche Behandlung eintreten muß. Trotzdem, daß eine gewisse Gleichstellung auch der Superficies mit dem Eigenthum unverkennbar und sein Recht von dem des Usufructuars ebenso verschieden ist, wie das des Emphyteuta[79]), muß dies entschieden verneint werden. Die rechtliche Natur der Superficies und der Emphyteuse ist nicht völlig gleich. Ein Zweifel wie bei der Emphyteuse, ob der Berechtigte nicht etwa wirklich Eigenthümer sei, hat bei der Superficies nie obgewaltet, vielmehr wird mit aller Entschiedenheit ausgesprochen, daß das Eigenthum an den aedes superficiariae et civili et naturali iure dem Eigenthümer von Grund und Boden gehöre[80]), es wird als selbstverständlich betrachtet, daß das Recht an der superficies in alieno solo nur ein ius in re aliena sei. Was

79) Vgl. Unterholzner Ausf. Entwicklung der Verjährungslehre II. S. 235. A. 685.

80) l. 2. de superf. 43. 18.

aber entscheidend ist, ist Folgendes. Ist unsere Auffassung über den Grund der selbständigen Cautionspflicht des Emphyteuta richtig, so ist die unabweisliche Consequenz die, daß der Emphyteuta suo nomine, also durch bloße repromissio cavirt. Dafür läßt sich auch ein Argument aus den Quellen beibringen. Der §. 26. der l. 15. h. t. spricht von der Caution des Emphyteuta nicht anders als der §. 27. von der des Eigenthümers: in beiden Fällen wird nur von cavere gesprochen. Wenn nun auch cavere sowohl satisdare wie repromittere bedeuten kann, so kommt doch hier in Betracht, daß überall, wo in unserem Titel von dem Caviren Seitens der dinglich Berechtigten im Gegensatz zu dem Caviren des Eigenthümers die Rede ist, sehr genau unterschieden wird, daß jene satisdatio, dieser nur repromissio zu leisten haben (l. 9. §. 4. 5. l. 10. l. 15. §. 24. 25. h. t.); gerade in den beiden dem §. 26. vorausgehenden Paragraphen wird — ohne daß hier, wo es sich nur um den Einfluß der gegen den Eigenthümer verfügten missio auf die dinglichen Rechte handelt, eine besondere Veranlassung dazu vorlag — das satisdare ausdrücklich betont. Es wäre mithin im höchsten Grad auffallend, wenn da, wo von der Caution des Emphyteuta im Gegensatz zu der des Eigenthümers die Rede ist, dieser Unterschied nicht hervorgehoben würde. Aber es bedarf dieser äußern Bestätigung kaum: die Natur der Cautionspflicht des Emphyteuta bringt es nothwendig mit sich, daß er suo nomine cavirt[81]). Soll also die Cautionspflicht des Superficiars die gleiche sein

81) Auch Bachofen (S. 125. A. 3.) und Hesse (C. d. infecti S. 90. Rechtsverh. I. S. 101.) nehmen

wie die des Emphyteuta, soll aus den für den Emphyteuta angeführten Gründen auch gegen ihn eine missio in der anomalen Gestalt einer Uebertragung des dinglichen Rechts stattfinden können, so müßte auch er suo nomine caviren. Nach ausdrücklichem Zeugniß der Quellen hat aber der Superficiar satisdatio zu leisten[82]). Sonach steht der Superficiar in dieser Beziehung dem Usufructuar und Pfandgläubiger gleich und der Ausspruch des l. 15. §. 24. h. t.: Si qua sint iura debita his qui potuerunt de damno infecto satisdare, deneganda erit eorum persecutio adversus eum qui in possessionem missus est, bezieht sich auch auf ihn. Nur für den Emphyteuta gilt Besonderes.

28. Wir haben bisher die Frage besprochen, in welchem Verhältniß Eigenthümer und dinglich Berechtigte dem Cautionssucher gegenüber stehen. Es kommt hierfür, wie wir sahen, auf den Grund des schadendrohenden Zustands und darauf, ob etwa der dinglich Berechtigte dem Eigenthümer zur Beseitigung dieses Zustands und darum zum Ersatz für den infolge des Nichtbeseitigens dieses Zustands entstehenden Schaden verpflichtet war, gar nichts an. Wird dem Bedrohten weder repromittirt noch satisdirt, so erfolgt die missio in possessionem mit der angegebenen Wirkung, daß schließ-

an, daß der Emphyteuta nur repromittirt, aber ohne nähere Begründung.

82) l. 9. §. 4. h. t. Die Behauptung von Hesse a. a. O., daß der Superficiar als suo nomine cavirend nur zu repromittiren brauche, beruht auf einem völligen Mißverstehen der l. 9. §. 4. cit. Vgl. unten Ziff. 33. Anm. 29.

lich das Eigenthum frei von den dinglichen Rechten auf den missus übergeht: die Folgen der Verweigerung der Cautionsleistung treffen beide gleichmäßig, beide verlieren ihr Recht. Hat umgekehrt einer von beiden cavirt, so ist dadurch zugleich das Recht des andern mit erhalten: die Cautionsleistung von Seiten des einen stellt auch den andern sicher, sie wendet die Gefahr des Verlustes des Rechts von beiden ab.

Für den Caventen tritt aber an die Stelle dieser Gefahr eine andere, die Gefahr, daß er nach Eintritt des Schadens Ersatz leisten muß, während der Nichtcavirende sein Recht behält, ohne der actio ex stipulatu ausgesetzt zu sein. Unmöglich kann nun das Belieben des Cautionssuchers oder der zufällige Umstand, daß der Eine die Gefahr des Verlustes seines Rechts mehr als der Andre fürchtet und deshalb leichter zur Cautionsleistung zu bewegen ist, den Einfluß haben, daß den Einen allein alle nachtheiligen Folgen des Cavirens treffen, daß der Cavent durch Uebernahme der Gefahr der Schadensersatzleistung die Erhaltung seines Rechts sich erkauft, während der Andere ohne jedes Opfer nach wie vor in der ungestörten Ausübung seines Rechts bleibt. So gleichgiltig dem Bedrohten gegenüber der locale Ursprung der Gefahr und die Frage, wem die Beseitigung des schadendrohenden Zustands obliegt, ist, so wichtig wird dies für das Verhältniß zwischen Eigenthümer und dinglich Berechtigten unter einander.

Für den Fall, wo es sich um ein vitium operis handelt, mag der Schaden durch das facere als solches drohen oder durch das facere ein schadendrohender Zustand des Grundstücks herbeigeführt sein, ist ohne Weiteres klar, daß nur der Thäter die Folgen seines Thuns

zu tragen haben kann[83]). Nur da, wo der Grund der Cautionsforderung in einem unabhängig von menschlicher Thätigkeit entstandenen Zustand des Grundstücks liegt, kann die Frage, wer das zur Erhaltung beider Rechte nothwendige Opfer zu bringen hat, Schwierigkeiten bereiten. Natürlich geht diese Verpflichtung zu caviren immer parallel der andern, demjenigen, der ohne dazu verpflichtet zu sein das Opfer gebracht und cavirt hat, die übernommene Pflicht abzunehmen, ihm Rückcaution gegen die Gefahr der Ersatzleistung zu gewähren bezüglich ihm, wenn er schon Ersatz hat leisten müssen, dies zu ersetzen[84]). Lag also z. B. die Pflicht zu caviren dem Usufructuar ob, und ist, weil dieser seiner Verpflichtung nicht nachkam, der Eigenthümer gezwungen gewesen zu repromittiren, um seines Eigenthums nicht verlustig zu gehen, so kann der Eigenthümer Rückcaution bezüglich Ersatz fordern, während der Usufructuar, wenn er cavirt, keinerlei Anspruch gegen den Eigenthümer hat. Ebenso umgekehrt, wenn dem Eigenthümer diese Verpflichtung oblag. Nun läßt sich aber auch der Fall denken, daß Keiner von Beiden dem Andern in dieser Weise verpflichtet ist. Auch hier kann es bei der Thatsache, daß der Eine das Opfer gebracht hat, nicht bewenden. Ohne dieses — im Verhältniß zum Andern freiwillig gebrachte — Opfer würde der Andere sein Recht verloren haben, der Cavent hat also auch dessen Recht, nicht blos sein eignes erhalten: ist aber das Opfer Beiden

83) Vgl. über diesen Fall unten Ziff. 32.

84) Daß es nicht unnöthig ist, dies besonders hervorzuheben, wird sich bei der Betrachtung der verschiedenen in Bezug auf unsere Frage aufgestellten Ansichten zeigen.

von Nutzen gewesen, so fordert die Billigkeit, daß wie am Nutzen so auch am Opfer Beide participiren — der Cavent muß gegen den Andern, falls dieser von dem Vortheil der Erhaltung seines Rechts überhaupt Gebrauch machen will, den Anspruch auf theilweisen Ersatz des zur Erreichung dieses Resultats Aufgewandten haben. Nur in diesem Fall, wo die Last auf keinem von beiden ruht, kann von einem theilweisen Ersatzanspruch die Rede sein: gerade darum aber, weil hier Jeder einen Theil der Last zu tragen hat, ist dieser Ersatzanspruch von Seiten des Caventen gegen den Nichtcavirenden stets begründet, einerlei ob der Eigenthümer oder der dinglich Berechtigte der Cavent war. Hingegen in den Fällen, wo der Eine dem Andern verpflichtet ist, die Cautionsleistung an den Bedrohten vorzunehmen, ist eine Beitragspflicht gar nicht denkbar: jener trägt die volle Last allein, dieser ist zu gar nichts verpflichtet, hat also jener cavirt, so kann er weder ganz noch theilweis Ersatz verlangen, hat der Nichtpflichtige cavirt, so haftet ihm der Pflichtige stets auf vollen Ersatz. Mithin kann, wenn in den Quellen von einem conferre zwischen dem Eigenthümer und dem dinglich Berechtigten gesprochen wird, dies sich blos auf einen solchen Fall beziehen, wo weder dem Caventen gegenüber dem Nichtcavirenden noch diesem gegenüber jenem die Pflicht zur Cautionsleistung oblag. Nur in diesem Fall kann es als eine Forderung der Billigkeit hingestellt werden, daß Beide an dem Opfer participiren und der Cavent gegen den Nichtcavirenden einen Anspruch auf theilweisen Ersatz hat. Da wo der Eine dem Andern zur Leistung der Caution obligirt ist, fordern rechtliche Grundsätze wie Billigkeit gleichmäßig, daß dem durch die Cautionslei-

stung lediglich seine Verpflichtung Erfüllenden nicht ein Theil seiner Pflicht abgenommen und auf den Berechtigten übertragen werde. Zwar ist es in diesem Fall nicht minder wahr, daß dem Nichtcavirenden sein Recht durch das Caviren des Andern miterhalten wird, indem auch er, wenn von keiner Seite cavirt würde, den Verlust seines Rechts zu erleiden hätte, aber der Unterschied zwischen diesem und jenem Fall ist eben der, daß hier ein rechtlich begründeter Anspruch auf Leistung der Caution von Seiten des Andern vorliegt.

Nachdem dies festgestellt ist, handelt es sich zunächst um die Frage: ist in dem Verhältniß zwischen Eigenthümer und dinglich Berechtigtem überhaupt der Eine dem Andern verpflichtet, dem Cautionsverlangen des Bedrohten nachzukommen und wann ist das der Fall? Die Forderung der Caution ist in dem Fall, von dem wir hier ausgehen, veranlaßt durch den schadendrohenden Zustand des Grundstücks, der unabhängig von menschlicher Thätigkeit durch äußere Ereignisse, durch Alter des Gebäudes u. s. w. entstanden ist und der durch Reparatur beseitigt werden konnte. Ist nun Einer von Beiden dem Andern zur Vornahme der Reparatur, zur Beseitigung des schadendrohenden Zustands verpflichtet, so muß er, wenn er jenes nicht gethan hat, die Folgen seiner Pflichtversäumniß auf sich nehmen. Das Nichtreparirt hat aber die Folge gehabt, daß die Erhebung des Cautionsanspruchs nicht verhütet worden ist. Daher tritt jetzt an die Stelle der Reparaturpflicht die Cautionspflicht. Hat der Reparaturpflichtige dem Bedrohten cavirt, so kann er deshalb einen Ersatzanspruch gegen den Andern nicht erheben, so wenig wie er das wegen Vornahme der ihm obliegenden Reparatur könnte; weigert er sich, die

geforderte Caution zu leisten und ist infolge davon der Andere, um sich sein Recht zu erhalten, zum Caviren genöthigt worden, so hat dieser einen Ersatzanspruch gegen ihn ebenso wie wenn er die jenem obliegende Reparatur vorgenommen hätte. Die Cautionspflicht geht mithin der Reparaturpflicht parallel[85]). Wer verpflichtet ist, den schadendrohenden Zustand zu beseitigen, der muß, wenn er es nicht gethan hat, auch die Last der infolge davon nothwendig gewordenen Caution allein tragen. An dem innern Verhältniß zwischen Eigenthümer und dinglich Berechtigtem, wonach der Eine zur Reparatur und zum Einstehen für die Folgen des Nichtreparirens verpflichtet ist, kann dadurch nichts geändert werden, daß gegenüber der Cautionsforderung eines Dritten der Nichtpflichtige, weil auch jetzt der Pflichtige seine Obliegenheit nicht erfüllt, im eignen Interesse die Folgen der Pflichtversäumniß des Andern auf sich zu nehmen gezwungen ist.

Eine andere Frage — die sich auf diesen letztern Fall, wo der Nichtpflichtige an Stelle des Pflichtigen cavirt und darum auf vollen Ersatz Anspruch hat, wie auf den andern, wo Keinem von Beiden die Cautionspflicht obliegt und darum das Opfer gemeinsam getragen werden muß und dem Caventen ein Anspruch auf theilweisen Ersatz zusteht, gleichmäßig bezieht — ist die, auf welche Weise dieser Anspruch des Caventen auf vollen oder theilweisen Ersatz geltend gemacht werden kann. In vielen Fällen ist, wie wir sehen werden, der Zwang nur ein indirecter und die Quellen sprechen fast ausschließlich von einem solchen. Hätte der Cavent die Caution nicht

85) Vgl. unten Ziff. 29. bei Anm. 95.

geleistet, so würde der Andere dem Bedrohten gegenüber in der Lage gewesen sein entweder caviren oder sein Recht preisgeben zu müssen. Durch letztres konnte er dem Bedrohten gegenüber die Cautionsleistung vermeiden, der Bedrohte würde in possessionem mittirt worden sein und das Resultat wäre gewesen, daß schließlich der Berechtigte sein Recht verloren hätte: das Eigenthum wäre auf den missus übergegangen und dem dinglich Berechtigten wäre die persecutio iuris denegirt worden. Vor derselben Alternative muß, so scheint es, der Nichtcavirende gegenüber dem Caventen stehen: wenn er dem Bedrohten gegenüber von der Cautionslast, so muß er dem Caventen gegenüber von der Verpflichtung ihm wegen der geleisteten Caution ganz oder theilweis Ersatz zu gewähren sich freimachen können dadurch, daß er sein Recht preisgiebt und damit den Caventen in dieselbe Stellung bringt, in welcher sich der Bedrohte, falls nicht die missio in possessionem durch jene Cautionsleistung abgewendet worden wäre, befunden haben würde. Aber doch ist dies so allgemein nicht richtig. Da, wo der Nichtcavirende dem Caventen zur Vornahme der Reparatur und folglich auch der Cautionsleistung wirklich verpflichtet war, so daß wegen Unterlassung dieser Pflicht eine Klage auf Ersatz gegen ihn begründet ist, — kann er sich — wenn nicht wie beim Ususfructus in dem ihn verpflichtenden Verhältniß selbst die Möglichkeit einer solchen Alternative gegeben ist — dieser Pflicht nicht durch Preisgeben seines Rechts entziehen. Auch hier gilt der oben hervorgehobene Satz, daß an dem innern Verhältniß zwischen Eigenthümer und dinglich Berechtigtem durch die Cautionsforderung eines Dritten nichts geändert werden kann. Wer einer Klage auf Ersatz wegen

Nichtvornahme der Reparatur ausgesetzt ist und diese Klage nicht durch Aufgeben seines Rechts vermeiden kann, der bleibt in gleicher Weise verhaftet, wenn der durch jene Unterlassung herbeigeführte Schaden in einem Cavirenmüssen Seitens des Berechtigten besteht: die Cautionsforderung eines Dritten kann dem Pflichtigen nicht ein Recht gewähren, welches ihm ohne dies nicht zusteht. Ein Beispiel wird das Gesagte erhärten. In l. 46. §. 1. de usufr. 7. 1. erwähnt Paulus einen Fall, wo der Eigenthümer dem Usufructuar zur Vornahme einer Reparatur verpflichtet ist: Si testator iusserit, ut heres reficeret insulam, cuius usum fructum legavit, potest fructuarius ex testamento agere, ut heres reficeret. Wenn hier die Reparaturbedürftigkeit des Gebäudes zur Forderung einer c. d. infecti Veranlassung gegeben hat und infolge der Weigerung des Erben die Caution zu leisten der Usufructuar sich zum Caviren gezwungen sieht, so hat dieser die actio ex testamento gegen den Erben auf Ersatz des ganzen Schadens, der ihm aus der Cautionsleistung erwächst, und für ein Freiwerden des Erben von dieser ex testamento begründeten Ersatzpflicht durch Dereliction des Hauses fehlt es an jedem juristischen Fundament. Dem Cautionssucher gegenüber würde er dadurch frei werden, weil diesem gegenüber die auf der Sache ruhende Cautionspflicht ihm nur als Eigenthümer obliegt, der Usufructuar hat aber hier infolge der Verfügung des Testators einen selbständigen obligatorischen Anspruch gegen den Eigenthümer auf Vornahme der Reparatur und folglich auf Leistung der Caution und auf Ersatz wegen Nichterfüllung dieser Obligation, und dieser Anspruch wird durch Dereliction des Eigenthums Seitens des

Pflichtigen gar nicht berührt. Die auf dem Eigenthum an der schadendrohenden Sache basirende Cautionspflicht gegenüber dem Bedrohten ist eben etwas anderes als die auf einem selbständigen obligatorischen Grund beruhende Verpflichtung gegenüber dem obligatorisch Berechtigten, dem Bedrohten die geforderte Caution zu leisten. Nur dann, wenn zwischen dem Eigenthümer und dem dinglich Berechtigten eine solche obligatorische Verpflichtung nicht besteht und infolge davon der Cavent einen theilweisen Ersatzanspruch hat, oder wenn, wie dem Usufructuar in Bezug auf gewöhnliche Reparaturen, dem Nichtcavirenden zwar die Pflicht zum vollen Ersatz obliegt, er aber doch, mag es zur Forderung der c. d. infecti gekommen sein oder nicht, sich der an sich begründeten Klage durch Preisgeben seines Rechts entziehen kann, nur dann ist der Satz richtig, daß der Zwang zur Ersatzleistung blos ein indirecter ist. Und auch dann ist es an sich lediglich eine Consequenz der sonst geltenden Grundsätze, nicht etwas der c. d. infecti Eigenthümliches. Wie die für die Cautionspflicht maßgebende Frage nach der Reparaturpflicht sich aus dem Verhältniß zwischen Eigenthümer und dinglich Berechtigtem beantwortet, so entscheidet sich auch die Frage, ob der dem Caventen hiernach zustehende Ersatzanspruch mittelst Klage oder nur auf indirectem Wege geltend gemacht werden kann, einfach danach, in welcher Weise der Nichtreparaturpflichtige, der an Stelle des Pflichtigen die Reparatur vorgenommen hat, Ersatz hierfür verlangen kann: hat er eine Klage darauf, so hat er sie auch wegen der geleisteten c. d. infecti, ist er deshalb auf ein Retentionsrecht beschränkt, so steht ihm auch wegen der geleisteten Caution kein größeres Recht zu, wenigstens insofern als er in beiden Fällen

den sein Recht Preisgebenden zur Ersatzleistung zu zwingen kein Mittel hat. Nur eine Abweichung wird durch die Cautionsforderung begründet. Wenn es sich um eine Ersatzforderung wegen Vornahme einer Reparatur gegen den hierzu Verpflichteten handelt, so erleidet dieser, falls eine Klage gegen ihn nicht angestellt werden kann, keinen weiteren Nachtheil als den, daß von dem reparirenden Gegner die Sache retinirt und ihm die Ausübung seines Rechts versagt wird, einen Nachtheil, den er immer noch durch nachträgliche Ersatzleistung abwenden kann. War aber von einem Dritten die c. d. infecti gefordert und von dem nicht dazu Verpflichteten geleistet, so ist es nur billig, daß der statt des Verpflichteten Cavirende an die Stelle tritt, die der Cautionssucher eingenommen hätte, falls ihm nicht cavirt worden wäre; wie dieser infolge des zweiten Decrets dem Eigenthümer sein Eigenthum, dem dinglich Berechtigten sein Recht gänzlich und definitiv entzogen hätte, so muß nun das Gleiche zu Gunsten des die missio abwendenden Caventen eintreten — es bewendet nicht bei der bloßen Retention und Versagung der Ausübung des Rechts, sondern die schließliche Folge ist definitiver durch nachträgliches Erbieten zur Ersatzleistung nicht wieder aufzuhebender Verlust des Rechts zu Gunsten des Caventen.

29. Die eben dargestellten Grundsätze sind aus der Natur der Sache ohne Rücksicht auf die Bestimmungen der Quellen entwickelt. Betrachten wir nunmehr die Quellenaussprüche. Sie werden das ohne ihre Hilfe gefundene Resultat bestätigen wie andererseits diese auf innere Gründe sich stützenden Sätze dazu die-

nen werden, den nicht unbestrittenen Sinn jener Aussprüche festzustellen.

In unserm Titel ist nur von dem Verhältniß zwischen Eigenthümer und Usufructuar die Rede und hierauf beschränken sich meist auch die Ausführungen der Schriftsteller. Wir werden im Folgenden unsere Erörterung auch auf das Verhältniß zwischen Eigenthümer einerseits und Pfandgläubiger, Emphyteuta, Superficiar andrerseits zu erstrecken haben. Zunächst aber an der Hand der Quellen von jenem Verhältniß. Es beschäftigen sich damit drei Stellen in unserem Titel:

l. 9. §. 5. (*Ulpianus* lib. 53. ad edict.) Celsus certe scribit, si aedium tuarum usus fructus Titiae est, damni infecti aut dominum repromittere aut Titiam satisdare debere. quod si in possessionem missus fuerit is, cui damni infecti cavendum fuit, Titiam uti frui prohibebit. idem ait eum quoque fructuarium, qui non reficit, a domino uti frui prohibendum: ergo et si de damno infecto non cavet dominusque compulsus est repromittere, prohiberi debet frui.

l. 10. (*Paulus* lib. 48. ad. edict.) Quamvis alienus usus fructus sit, dominum promittere oportere Cassius ait. nisi proprietarius in totum repromittat vel fructuarius satisdat, mitti oportet in possessionem eum, cui non caveatur. sed nisi proprietario repromittenti fructuarius caveat, denegandam ei fructus petitionem Julianus scribit. sed si fructuarius de soli vitio quid praestiterit, ius domini ad eum transferri oportet.

l. 22. pr. (*Paulus* lib. 10. ad Plautium). Si proprietarius de damno infecto repromisisset vel forte aliquid praestitisset aut contra fructuarius aliquid praestitit, iniquum est alterum sine damno uti aedibus aut aedes habere. et si optulerit proprietarius aliquid, non est fructuario permittendum uti, nisi contulerit: idemque fructuario praestandum est, ut proprietarius cogatur ei conferre. ergo et solum retinebit fructuarius, si aedes ceciderint, donec ei praestetur damnum, ut, quod haberet vicinus missus in possessionem, id fructuarius habeat, qui damnum vicino sarciit. eadem erunt et si minimum damnum detur.

Die auf Grund dieser Stellen von den Neueren aufgestellten Ansichten — die Aelteren beschäftigen sich mit dieser Frage fast gar nicht — begehen sämmtlich den Fehler, daß sie die Frage von ihrem natürlichen Zusammenhang mit den sonst geltenden Grundsätzen gelöst entscheiden wollen und die Ausprüche der Quellen als erschöpfend ansehen. Daneben wird regelmäßig verkannt, daß, wenn in einem bestimmten Fall der Cavirende einen Ersatzanspruch gegen den Andern hat, nicht dieser Andere für denselben Fall, wenn er cavirt hat, einen Ersatzanspruch gegen jenen haben kann, außer wenn — weil keiner von beiden dem andern verpflichtet ist, die Cautionslast auf sich zu nehmen — der Anspruch nur auf theilweisen Ersatz geht. Sodann wird häufig in ganz ungehöriger Weise die Frage, ob, und in welchem Umfang ein Ersatzanspruch begründet ist, mit der Frage, wie dieser Anspruch geltend gemacht werden kann, con-

fundirt. Endlich wollen Viele auf Grund der l. 10. cit. einen Unterschied zwischen vitium soli und vitium aedium machen, der in dieser Weise durchaus unbegründet ist. Eine kurze Betrachtung der hauptsächlichsten Ansichten wird diese Behauptung rechtfertigen.

Den höchsten Grad der Confusion erreicht wohl die ältere Darstellung von Hesse[86]). Das Verhältniß zwischen Eigenthümer und Usufructuar ist nach ihm folgendes. Eines Theils gehöre die refectio aedium zu den Lasten des Usufructuars und wenn der Eigenthümer zur Cautionsleistung gezwungen sei, so dürfe dieser ihm den Nießbrauch wehren, andern Theils habe aber doch der Usufructuar kein volles Recht an der Sache, es wäre unbillig, wenn er allein unter der Caution leiden sollte und deshalb müsse ihm, wenn er cavirt habe, der Eigenthümer beisteuern; endlich könne der Usufructuar, wenn er nicht des Gebäudes, sondern des Grund und Bodens wegen cavirt und Schadenersatz geleistet habe, vom Eigenthümer Sicherstellung und, falls er überhaupt des dienenden Grundstücks wegen dem Nachbar etwas gezahlt habe, einen Beitrag beanspruchen und bei Weigerung des Eigenthümers dort das Eigenthum am Boden erlangen, hier ein Retentionsrecht am Boden geltend machen. — In dieser Darstellung finden sich nicht weniger als sämmtliche oben gerügte Fehler und außerdem der weitere, daß in völlig unverständlicher Weise beim vitium soli ein Unterschied gemacht wird zwischen dem Fall, wo der Usufructuar cavirt und Schadenersatz geleistet und dem, wo er überhaupt wegen des dienenden Grundstücks etwas gezahlt hat.

86) C. d. infecti S. 83 ff.

Etwas weniger verworren, aber immer noch irrig genug ist Hesses spätere Darstellung[87]). Habe der Eigenthümer cavirt, so könne er vom Usufructuar ganz oder theilweis Ersatz verlangen und dieser sei, wenn er sich weigere, des Fruchtgenusses verlustig, habe hingegen der Usufructuar cavirt, so müsse ihm der Eigenthümer einen Beitrag leisten, was im Wege des Retentionsrechts am Grund und Boden geltend gemacht werden könne. Anders sei es aber dann, wenn der Usufructuar wegen vitium soli habe caviren müssen: hier erlange er, falls ihm das infolge der Caution Geleistete vom Eigenthümer nicht ersetzt werde (also voll ersetzt werde), das Eigenthum an Grund und Boden. — Wie ist es denkbar, daß, wenn der cavirende Eigenthümer vom Usufructuar vollen Ersatz verlangen kann, der cavirende Usufructuar vom Eigenthümer einen Beitrag zu fordern berechtigt ist? Und weßhalb soll der cavirende Usufructuar, dessen Ersatzanspruch nicht befriedigt wird, beim vitium soli ein Recht auf das Eigenthum, in andern Fällen nur ein Retentionsrecht haben?

Nach Bachofen[88]) hat der cavirende Eigenthümer im Fall das vitium soli keinen Anspruch gegen den Usufructuar, im Fall des vitium aedium hat er einen durch Entziehung des Nießbrauchs erzwingbaren Anspruch auf Collation; der cavirende Usufructuar soll im Fall des vitium soli auf Eigenthumsübertragung, im Fall des vitium aedium auf Collation dringen können. — Zunächst ist die Gegenüberstellung des auf Eigenthumsübertragung und auf Collation dringen Könnens schief, denn letzteres

87) Rechtsverh. I. S. 167.
88) Pfandrecht S. 118. 119.

bezieht sich auf den Anspruch des Caventen und dessen Umfang, ersteres auf das Mittel, wie der Anspruch geltend gemacht wird. Man muß, einerlei ob der Eigenthümer oder der Usufructuar der Cavent ist, dem Anspruch auf vollen Ersatz den auf Collation gegenüberstellen, und je nachdem der cavirende Eigenthümer oder der cavirende Usufructuar einen sei es auf vollen Ersatz sei es auf Collation gerichteten Anspruch hat, in Bezug auf den indirecten Zwang zur Geltendmachung des Anspruchs zwischen dem uti frui prohibere auf Seiten des Eigenthümers und dem dominium transferri bezüglich rem retinere auf Seiten des Usufructuars unterscheiden[89]). Dieser Gegensatz tritt bei Bachofen mindestens nicht hervor. Sodann ist es falsch, zwischen vitium soli und vitium aedium einen absoluten Gegensatz anzunehmen und dessen practische Bedeutung darin zu sehen, daß die Last der Caution hinsichtlich des ersteren allein auf dem Eigenthümer, hinsichtlich des letzteren allein auf dem Usufructuar ruhe. Ersteres ist nie der Fall, letzteres nicht immer, und der Gegensatz zwischen vitium soli und aedium d. h. zwischen dem gefahrdrohenden Zustand des Gebäudes, der seine Ursache im Grund und Boden findet, und dem, dessen Ursache in der Superficies liegt, hat keine selbständige Bedeutung: es kommt darauf an, ob der die Forderung der Caution veranlassende Zustand durch gewöhnliche Reparatur beseitigt werden konnte oder nicht; von einem vitium soli nun

89) Daß in l. 22. pr. cit. von solum retinere auf Seiten des cavirenden Usufructuars gesprochen wird, berücksichtigt Bachofen gar nicht, er nennt nur die in l. 10. cit. erwähnte Eigenthumsübertragung.

läßt sich ersteres nie sagen, es ist daher der Repräsentant des Falls, wo die Beseitigung des schadendrohenden Zustands die Vornahme außerordentlicher Reparaturen erheischt, bei einem vitium aedium hingegen besteht die doppelte Möglichkeit, daß es schon durch gewöhnliche oder nur durch außergewöhnliche Reparatur zu heben ist. Gerade dieser Umstand aber, ob der fehlerhafte Zustand durch gewöhnliche oder nur durch außerordentliche Reparatur beseitigt werden kann, ist der für die Frage nach dem Ersatzanspruch des Caventen entscheidende.

Etwas richtiger in dieser Beziehung ist die Auffassung von Aebli[90]). Er erkennt zum Theil das maßgebende Moment, hält aber in inconsequenter Weise den Unterschied zwischen vitium soli und aedium fest; hinsichtlich des vitium aedium unterscheidet er ganz richtig zwischen Mängeln, die der Usufructuar zu beseitigen verpflichtet war, und solchen, wo dies nicht der Fall ist; dort müsse der Usufructuar dem cavirenden Eigenthümer die Last vollständig abnehmen, hier trügen beide die Last gemeinsam. Beim vitium soli aber hält er den Eigenthümer für verpflichtet, dem cavirenden Usufructuar vollständig Ersatz zu leisten. — Als ob nicht beim vitium soli die Sache immer so läge wie sie beim vitium aedium bisweilen liegt, daß nämlich der Mangel ein solcher ist, den der Usufructuar zu beseitigen nicht verpflichtet war. Welcher denkbare Grund läßt sich dafür finden, daß in dem gleichen Fall — Nichtexistenz einer Verpflichtung des Usufructuars — der Eigenthümer bald nur einen Theil der Last, bald die ganze Last zu tra-

90) C. d. infecti S. 30.

gen haben soll, blos deßhalb weil es sich dort um ein vitium aedium, hier um ein vitium soli handelt? Ein innerer Grund für diese auch von Andern vertheidigte Ansicht wird denn auch in der That nirgends angeführt, statt dessen verweist man auf die Schlußworte der l. 10. cit.: si fructuarius de soli vitio quid praestiterit, ius domini ad eum transferri oportet, eine Verweisung, die einen Sinn nur dann hat, wenn man aus dem ius domini transferri den Schluß zieht, daß in diesem Fall der Eigenthümer die ganze Last allein zu tragen habe[91]). Die Irrigkeit dieses Schlusses liegt auf der Hand, selbst wenn ihn die eben geltend gemachten Gründe nicht widerlegten. Was hat das Mittel, durch welches die Erfüllung der Pflicht zur Ersatzleistung erzwungen wird, mit der Frage zu thun, in welchem Umfang dem Eigenthümer diese Pflicht obliegt? Paulus hebt nicht einmal die Voraussetzung für den Eigenthumsübergang hervor, daß nämlich der Eigenthümer sich weigern muß, dem Usufructuar Ersatz zu leisten, sie war selbstverständlich, aber eben weil sie dies ist, kann man nicht schließen, daß sie eine solche sei, die von allen sonst geltenden Grundsätzen abweicht, daß sie in der Verweigerung der Leistung des vollen Ersatzes bestehe. Mit demselben Recht würde man aus den unmittelbar vorhergehenden Worten: ‚nisi proprietario repromittenti fructuarius caveat, denegandam ei fructus petitionem' schließen können und müssen, daß der cavirende Eigenthümer immer — ausgenommen eben den Fall des vitium soli — Anspruch auf vollen Ersatz gegen den

91) Dieser Schluß wird von Bachofen S. 119. Anm. 7. ausdrücklich gezogen.

Usufructuar habe. Wenn man diesen Schluß, über dessen Unzulässigkeit kein Zweifel ist, nicht zieht, welches Recht hat man zu dem andern? Und wenn derselbe Paulus in l. 22. pr. cit. den Satz aufstellt, daß der cavirende Eigenthümer gegen den Usufructuar, der cavirende Usufructuar gegen den Eigenthümer einen Anspruch auf Collation habe, hierfür aber, wie wir sahen, die Voraussetzung die ist, daß keinem von beiden ausschließlich die Cautionslast obliegt: welcher Fall ist dann, wenn der Eigenthümer beim vitium soli die Last allein tragen soll, denkbar, in dem der Eigenthümer nur einen Beitrag zu geben hat? Dann bleibt wieder nur das vitium aedium, welches außergewöhnliche dem Usufructuar nicht obliegende Reparaturen erheischt, und unsere obige Frage wirft sich von Neuem auf: weßhalb soll beim vitium aedium, wenn der Usufructuar zu dessen Beseitigung genau so wie beim vitium soli nicht verpflichtet ist, etwas anderes gelten als beim vitium soli? Und wie kann somit, wenn es an jedem innern Grund für eine verschiedene Behandlung beider Fälle fehlt, die von dem Umfang des vom Eigenthümer zu Leistenden gar nicht sprechende l. 10. cit. die Stütze für die Ansicht sein, daß beim vitium soli die Last allein auf dem Eigenthümer ruhe? So wenig wie der Eigenthümer gegenüber dem Usufructuar zur Vornahme außergewöhnlicher Reparaturen — und solche würde eben das vitium soli immer erfordern — verpflichtet ist, so wenig ist er, wenn ein nur durch derartige Reparaturen zu beseitigender Zustand die Forderung der c. d. infecti veranlaßt hat, dem Usufructuar verpflichtet, die Last der Cautionsleistung auf sich zu nehmen, und das Princip der l. 22. pr. cit. — welches für den Fall, wo der Eine dem

Andern wirklich zur Vornahme der Reparatur und daher auch der Cautionsleistung an den Dritten verpflichtet ist, gar nicht paßt — kommt hier gerade zur Anwendung: wer freiwillig das Opfer der Cautionsleistung gebracht hat, zunächst zwar in seinem eignen Interesse, aber doch zugleich mit der Wirkung der Erhaltung des Rechts auch für den Andern, der kann Theilnahme an dem Opfer verlangen, wenn der Andere von dem Erfolg des Opfers Gebrauch machen will — es soll nicht dem Einen nur gegen einen Vermögensaufwand, dem Andern ohne jeden Aufwand sein Recht erhalten werden.

Von den bisher besprochenen Ansichten, die trotz sonstiger Verschiedenheit doch darin übereinstimmen, daß sie wegen des vitium soli dem Eigenthümer die Last allein aufbürden, unterscheidet sich vortheilhaft die Darstellung von Elvers[92]), wenngleich auch sie nicht frei von Irrthümern ist. Auch Elvers stellt den Satz — der doch nur für einen bestimmten Fall gilt, nämlich da, wo Keinem von Beiden dem Andern gegenüber eine Verpflichtung zur Reparatur und Cautionsleistung obliegt — als einen allgemein giltigen an die Spitze: da infolge der Caution Jeder im Genuß seines Rechts bleibe, so dürfe der die Caution auf das Ganze Leistende nicht allein die bösen Folgen derselben tragen. Danach gestalte sich das Verhältniß zwischen Eigenthümer und Usufructuar so: habe der Eigenthümer cavirt, wo die Last ganz oder doch theilweis dem Usufructuar zukommt, so müsse der Usufructuar dies ganz oder theilweise ersetzen und bis dies geschehen, werde dem Usufructuar jeder Rechtsschutz versagt; habe der Usufructuar cavirt,

92) Servitutenlehre S. 527—531.

so stehe ihm nach beendigtem Ususfructus ein Retentionsrecht zu, bis ihm die Last ganz oder theilweis abgenommen sei. — Schon hierin liegt offenbar ein Fehler. Wenn dem Usufructuar, wovon Elvers ausgeht, die Last ganz oder theilweis zukommt, so kann er, falls er cavirt hat, nicht gänzliches oder theilweises Abnehmen derselben verlangen, vielmehr hat er da, wo die Last ganz auf ihm lag, gar keinen, wo sie theilweis auf ihm lag, nur einen theilweisen Anspruch auf Ersatz. Irrig ist sodann die Behauptung[93]), der ersatzberechtigte Usufructuar sei auf sein Retentionsrecht nach beendigtem Nießbrauch beschränkt und die Worte des Paulus in l. 10. cit. (ius domini ad eum transferri oportet) könnten nur als eine ungenaue Ausdrucksweise dafür, daß der Usufructuar fortan factisch das Recht des Eigenthümers übt, bis eine Einlösung erfolgt, aufgefaßt werden[94]). — Die Frage, wie weit der Usufructuar, wie weit der Eigenthümer die Cautionslast übernehmen muß, beantwortet Elvers dahin: wo durch Schuld des einen Theils die Sache in die Lage kam, daß Cautionsbestellung erforderlich ward, indem z. B. der Usufructuar die ihm obliegenden Reparaturen nicht vornahm, da hat dieser Theil die ganze Last zu übernehmen, wo aber der vitiöse Zustand ohne Schuld eines der beiden Theile entstanden ist, indem außerordentliche Naturereignisse oder ein hohes Alter Gefahren herbeiführten, wie sie durch dem Usufructuar obliegende regelmäßige Reparaturen nicht beseitigt werden konnten, da muß die Cautionslast vom Eigenthümer und Usufructuar zusammen getragen

93) S. 528. Anm. d.

94) Vgl. unten nach Anm. 8.

werden und zwar im Verhältniß des Werths einer jeden der beiden Berechtigungen.

Dieses letztere Princip stimmt im Wesentlichen mit dem von uns aufgestellten überein. Da aber die in dem Nichtbeseitigen des schadendrohenden Zustands liegende Verschuldung, welche nach Elvers über die Cautionslast entscheiden soll, selbst wieder erst durch die Verpflichtung diesen Zustand zu beseitigen begründet wird, also erst nach der Existenz oder Nichtexistenz dieser Verpflichtung bemessen werden kann, so ist es offenbar correcter, für die Entscheidung der Frage, wer die Cautionslast zu tragen hat, nicht von der Schuld und Nichtschuld, sondern von der Verpflichtung hinsichtlich der Beseitigung des fehlerhaften Zustands auszugehen. Wir haben aus allgemeinen Gründen das Resultat gefunden, daß die Cautionslast mit der Reparaturpflicht auf's engste zusammenhängt. Wer verpflichtet ist die Reparatur vorzunehmen, der hat, wenn die Reparaturbedürftigkeit die Forderung der c. d. infecti veranlaßt, auch diese Caution zu leisten und hat, wenn er sie geleistet, weder ganz noch theilweis Anspruch auf Ersatz gegen den Nichtverpflichteten, während umgekehrt dieser, falls er cavirt hat, vollen Ersatz vom pflichtigen Nichtcaventen fordern kann. Dieser enge Zusammenhang der Cautionslast mit der Reparaturpflicht tritt denn auch mit voller Deutlichkeit in l. 9. §. 5. cit. hervor: eum quoque fructuarium, *qui non reficit*, a domino uti frui prohibendum, *ergo* et *si de damno infecto non cavet* dominusque compulsus est repromittere, prohiberi debet frui[95]).

95) Vgl. auch l. 1. §. 3. de impens. 25. 1. l. 9. §. 3. de reb. auct. iud. poss. 42. 5.

Ulpian stellt hier das Nichtcaviren dem Nichtreparіren gleich, in beiden Fällen macht sich der Usufructuar einer Pflichtversäumniß schuldig und Ulpian folgert ohne Weiteres, daß, wenn der Usufructuar durch sein Nichtcaviren den Eigenthümer zur Cautionsleistung nöthigt, ihn derselbe Nachtheil trifft wie wenn er nicht reparirt hat.

Für die Frage, in welcher Weise die Vertheilung der Cautionslast zwischen Eigenthümer und Usufructuar zu bestimmen ist, sind also einfach die Grundsätze entscheidend, die hinsichtlich der Reparaturpflicht in diesem Verhältniß gelten. In Bezug auf diese ist aber zweifellos und unbestritten der Unterschied zwischen gewöhnlichen, in bestimmten wiederkehrenden Perioden zur Erhaltung der Sache regelmäßig nothwendig werdenden und zwischen außergewöhnlichen, durch unerwartete außerordentliche Ereignisse erforderlich werdenden Reparaturen maßgebend. Erstere auf eigene Kosten vorzunehmen gehört zu den Pflichten des Usufructuars, wo hingegen die Vornahme gewöhnlicher Reparaturen nicht mehr ausreicht, hört seine Verpflichtung auf.

Wenn also die c. d. infecti wegen eines solchen fehlerhaften Zustands des Grundstücks gefordert wird, welcher durch gewöhnliche dem Usufructuar obliegende Reparatur zu beseitigen ist, so ruht die Cautionslast allein auf dem Usufructuar, er ist dem Eigenthümer wie zur Beseitigung dieses Zustands durch Reparatur so zum Uebernehmen der durch diesen Zustand begründeten Folge, zur Cautionsleistung an den Dritten, verpflichtet. Wenn aber der Usufructuar in einem solchen Fall durch das Leisten der Caution lediglich eine Verpflichtung gegenüber dem Eigenthümer erfüllt, so kann er nicht deßhalb von diesem einen Beitrag, einen theilweisen Ersatz for-

dern, sowenig wie er in diesem Fall einen Beitrag zu den Kosten der von ihm vorgenommenen Reparatur verlangen kann; andrerseits ist der Eigenthümer, wenn er, um seines Eigenthums nicht verlustig zu gehen, an Stelle des sich weigernden Usufructuars dem Dritten cavirt hat, vom Usufructuar vollen Ersatz zu beanspruchen berechtigt, wie er dies ebenso dann ist, wenn er, um seine Sache vor weiterem Schaden zu behüten, an Stelle des säumigen Usufructuars die erforderliche Reparatur selbst vorgenommen hat. Daß durch die Cautionsleistung, sei es des Usufructuars sei es des Eigenthümers, zugleich das Recht des Eigenthümers miterhalten worden ist, ändert daran nichts: von einem gemeinsam von Beiden zu bringenden Opfer kann da keine Rede sein, wo für den Einen die Verpflichtung besteht, das Opfer allein zu bringen. Auch wenn der Eigenthümer die Reparatur an Stelle des dazu verpflichteten Usufructuars vornimmt, sorgt er für sich und für die Erhaltung seiner Sache, trotzdem hat er auf vollen Ersatz der Reparaturkosten Anspruch. Gerade das hebt die l. 48. pr. de usufr. 7. 1. ausdrücklich hervor: si absente fructuario heres quasi negotium eius gerens reficiat, negotiorum gestorum actionem adversus fructuarium habet, *tametsi sibi in futurum heres prospiceret.* Daß die Reparatur auch dem Eigenthümer nützt, kann die Verpflichtung des Usufructuars die Reparatur ausschließlich auf seine Kosten vorzunehmen und den Anspruch des Eigenthümers auf vollen Ersatz der von ihm zu diesem Behuf aufgewandten Kosten nicht mindern. Dasselbe gilt von der Leistung der c. d. infecti. Wie in l. 48. pr. cit. in Bezug auf die actio negotiorum gestorum des reparirenden, so hätte auch in l. 9. §. 5. h. t. in Be-

zug auf das uti frui prohibere des cavirenden Eigenthümers gesagt werden können: tametsi sibi prospiceret; dort erhält er sich durch die Reparatur seine Sache, hier durch die Caution sein Recht, trotzdem liegt die Pflicht zur Reparatur wie zur Cautionsleistung allein auf dem Usufructuar. Es bedarf nach dem Gesagten keiner weiteren Ausführung, daß man sich hiergegen nicht auf die l. 22. pr. cit. berufen kann. Das hier aufgestellte Princip: der Cavirende hat stets gegen den Nichtcavirenden einen Anspruch auf Collation, weil es unbillig ist, alterum sine damno uti aedibus vel aedes habere, hat keinen Sinn für den Fall, wo eine rechtliche Verpflichtung für den Einen besteht, den Schaden allein zu tragen. Die l. 22. pr. kann sich auf den Fall, wo die Caution wegen eines Zustands gefordert wird, der durch gewöhnliche dem Usufructuar obliegende Reparaturen beseitigt werden kann, nicht beziehen. Wohl aber bezieht sich auf diesen Fall und gerade nur auf ihn die l. 9. §. 5. cit. und zum Theil die l. 10. cit. Wenn in der ersten Stelle gesagt ist, der Eigenthümer könne denjenigen Usufructuar, qui non reficit und folglich auch den, qui de damno infecto non cavet, am uti frui hindern, so ist selbstverständlich, daß der Jurist einen Fall im Auge hat, wo der Usufructuar etwas, was ihm zu thun oblag, nicht gethan hat, daß das non reficere und non cavere eine Pflichtwidrigkeit ist: sonst wäre es ja nicht möglich, daß ihn ein Nachtheil deßhalb träfe. Da aber der Usufructuar nur zur Vornahme der gewöhnlichen Reparaturen verpflichtet ist, so kann auch unter dem das uti frui prohibere zur Folge habenden non reficere nur das Unterlassen solcher gewöhnlichen Reparaturen verstanden sein

und es muß, insofern die Vornahme solcher Reparaturen von Seiten des Eigenthümers für diesen einen Anspruch auf Ersatz gegen den Usufructuar begründet, der Anspruch als auf vollen Ersatz gerichtet gedacht werden. Ganz dasselbe gilt hinsichtlich des ersten Theils der l. 10. cit. Der Eigenthümer ist trotz des Bestehens eines Nießbrauchs von der Verpflichtung dem Bedrohten die c. d. infecti zu leisten nicht frei, sed nisi proprietario repromittenti fructuarius caveat, denegandam ei fructus petitionem Julianus scribit, d. h. dadurch, daß der Eigenthümer, um die missio in possessionem abzuwenden, dem Cautionssucher caviren muß, wird an dem zwischen ihm und dem Usufructuar bestehenden Verhältniß, wonach die Last auf dem letztern ruht, nichts geändert, er kann von diesem Sicherstellung wegen der übernommenen Verpflichtung und eventuell Ersatz verlangen und der diesem Verlangen nicht nachkommende Usufructuar verliert sein Recht. Zwar ist hier so wenig wie in l. 9. §. 5. darüber etwas gesagt, ob der Usufructuar ganz oder theilweis Ersatz zu leisten hat, aber auch hier ergiebt der Zusammenhang, daß nur das erstere gemeint sein kann: der Eigenthümer wird wegen des Ususfructus dem Cautionssucher gegenüber nicht frei d. h. obgleich er dem Usufructuar gegenüber verlangen kann, daß dieser die geforderte Caution leiste, kann er doch den Cautionssucher nicht auf den Usufructuar verweisen, aber wenn er nun aus diesem Grund die dem Usufructuar obliegende Cautionslast übernommen hat, so ist er berechtigt zu fordern, daß der Usufructuar ihm diese Last abnehme und ihn deßhalb sicherstelle. Daraus, daß das Recht des Eigenthümers auf vollen Ersatz gemeint ist, folgt aber weiter, daß an einen Fall gedacht

ist, wo die Caution wegen eines Zustands gefordert war, der durch gewöhnliche Reparaturen, wie sie zu den Pflichten des Usufructuars gehören, beseitigt werden kann. Dies wird denn auch durch den in den Schlußworten der l. 10. enthaltenen Gegensatz des vitium soli, von dessen Bedeutung aber besser in Zusammenhang mit der l. 22. pr. zu sprechen ist, bestätigt. Gerade daß in diesen Stellen mit keinem Wort erwähnt wird, in welchem Umfang der Ersatzanspruch zusteht, ist characteristisch, es beweist das unwiderleglich, daß hier nichts besonderes gilt, sondern nur das, was sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst ergiebt. Das ist aber unzweifelhaft das, daß der Usufructuar, dem die Vornahme der gewöhnlichen Reparaturen obliegt, auch allein für die Folgen eines durch solche Reparaturen zu beseitigenden Zustands einzustehen und demnach auch die Last der Caution in einem solchen Fall allein zu tragen hat und daß er deßhalb dem an seiner Stelle reparirenden oder cavirenden Eigenthümer vollen Ersatz leisten muß. Das gilt natürlich nicht blos in Bezug auf den Usufructuar und seine Reparaturpflicht, sondern überall, wo eine derartige Verpflichtung besteht. Schon früher wurde erwähnt, daß, wenn ausnahmsweise der Eigenthümer, wie im Fall der l. 46. §. 1. de usufr. 7. 1., reparaturpflichtig ist, er derjenige ist, der die Cautionslast tragen und dem statt seiner cavirenden Usufructuar die Last vollständig abnehmen muß.

Da, wo eine solche obligatorische Verpflichtung zur Vornahme der Reparatur besteht — wie für den Usufructuar hinsichtlich der gewöhnlichen Reparaturen aus der cautio usufructuaria, für den Eigenthümer im Fall der l. 46. §. 1. de usufr. infolge der Bestimmung des

Testators —, hat der Berechtigte eine Klage auf Erfüllung dieser Pflicht und daher auch, wenn er selbst die Reparatur vorgenommen hat, eine Klage auf Ersatz gegen den Verpflichteten. Daran kann durch das Dazwischentreten der Cautionsforderung von Seiten eines Dritten nichts geändert werden. Hat derjenige, dem die Cautionslast nicht obliegt, an Stelle des ihm Verpflichteten die Caution geleistet, so muß ihm wie auf Ersatz der Kosten der von ihm vorgenommenen Reparatur so auf Ersatz des infolge der übernommenen Caution Geleisteten eine Klage zustehen. Dieser durch Klage geltend zu machende Anspruch gegen den Verpflichteten kann nicht deshalb, weil der Cautionssucher selbst auf indirecten Zwang beschränkt ist, dahin abgeschwächt werden, daß nun von Seiten des die Caution leistenden Berechtigten nur ein indirecter Zwang gegen den Verpflichteten stattfände und der Verpflichtete nur dann Ersatz zu leisten hätte, wenn er noch ferner von seinem Recht Gebrauch machen will. Daß trotzdem in allen Stellen, die sich mit unserer Frage beschäftigen (l. 9. §. 5. l. 10. l. 22. pr. h. t.), gegenüber dem Usufructuar nur von einem Zwang durch uti frui prohibere, durch petitionem fructus denegare die Rede ist, erklärt sich einfach aus den hinsichtlich der Verpflichtung des Usufructuars überhaupt geltenden Grundsätzen. Der Usufructuar wird von seiner Reparaturpflicht frei durch Preisgeben seines Ususfructus[96]); er entgeht der actio negotiorum gestorum des an seiner Stelle reparirenden Ei-

96) Cum fructuarius paratus est usum fructum derelinquere, non est cogendus domum reficere. l. 64. de usufr.

genthümers, si paratus est recedere ab usu fructu[97]): in gleicher Weise ist die Folge der Nichtbefriedigung des Ersatzanspruchs des cavirenden Eigenthümers nur das uti frui prohibere, die denegatio der petitio fructus. Es ist also diese Alternative zwischen Erfüllung der Pflicht und Preisgeben des Rechts, dieser blos indirecte Zwang durch uti frui prohibere durchaus nicht etwas der c. d. infecti Eigenthümliches und durch die Forderung derselben von Seiten eines Dritten Begründetes, es gilt dies hier nur deshalb, weil es in dem Verhältniß des Ususfructus auch an sich schon begründet ist. Gerade deshalb gilt aber auch der blos indirecte Zwang nicht überall, wo in dem Verhältniß zwischen Eigenthümer und dinglich Berechtigtem der eine dem andern zum Ersatz für vorgenommene Reparatur oder geleistete Caution verpflichtet ist. In dem mehrfach erwähnten Fall der l. 46. §. 1. de usufr., wo der Eigenthümer dem Usufructuar ex testamento zum reficere der insula usufructuaria obligirt ist, kann der Eigenthümer der Klage des Usufructuars auf Reparatur bezüglich auf Ersatz der von diesem aufgewandten Reparaturkosten und ebenso der Klage auf Ersatz wegen der vom Usufructuar übernommenen Leistung der c. d. infecti nicht durch Dereliction seines Eigenthums entgehen. Die Befugniß sich in dieser Weise durch Preisgeben seines Rechts frei zu machen steht eben nur dem Usufructuar zu.

Hinsichtlich der Reparaturpflicht ist dieses Derelictionsrecht des Usufructuars unbezweifelt. Hinsichtlich der Cautionspflicht aber könnte man es auf Grund folgender Erwägung leugnen wollen. Es wird gewöhnlich unter

97) l. 48. pr. eod.

Berufung auf l. 65. pr. de usufr. behauptet, daß der Usufructuar da, wo durch Nichterfüllung seiner Obliegenheiten bereits ein positiver Schaden eingetreten ist, noch für allen diesen Schaden haften müsse, ohne sich davon durch Dereliction frei machen zu können[98]). Nun könnte man, von dieser Voraussetzung ausgehend, das durch den gefahrdrohenden Zustand begründete Cavirenmüssen als einen infolge des Nichtreparirens eingetretenen Schaden auffassen und aus diesem Grunde dem Usufructuar das Recht sich durch Dereliction zu befreien absprechen wollen. Daß das nach positivem Recht unzulässig ist, beweisen die Stellen, welche als Folge davon, daß der Usufructuar dem cavirenden Eigenthümer nicht Ersatz leistet, eben nur das uti frui prohibere hinstellen. Aber auch ohne daß man sich auf diesen Gegenbeweis aus den Quellen stützt, läßt sich jene Argumentation als irrig nachweisen. Der Schluß wäre nicht minder falsch als die Voraussetzung falsch ist. Zunächst besteht der infolge des Nichtreparirens eingetretene Schaden, um den es sich hier handelt, eben nur darin, daß die Reparaturbedürftigkeit noch vorhanden und nicht auf Kosten des Usufructuars beseitigt ist: der Eigenthümer, der an Stelle des säumigen Usufructuars reparirt hat, erleidet einen Schaden infolge des Nichtreparirens des Verpflichteten insofern als er einen Aufwand aus seinem Vermögen gemacht hat, diesen Schaden, also das zum Zweck der Reparatur Aufgewandte, kann er ersetzt verlangen, aber auch von der Verpflichtung zur Ersatzleistung für den infolge Nichterfüllung seiner Obliegenheit eingetretenen Schaden wird der Usufructuar frei, si paratus est recedere

98) Elvers Servitutenlehre S. 510.

ab usu fructu[99]). Die l. 65. cit. spricht aber in der That gar nicht von einem durch Nichterfüllung der Reparaturpflicht, sondern von einem durch positive Thätigkeit zugefügten Schaden. Während in der vorhergehenden l. 64. gesagt ist, daß der Usufructuar, falls er nur sein Recht preisgiebt, non est cogendus domum reficere, in quibus casibus et [scilicet scrib., Mommsen] usufructuario hoc onus incumbit, daß er sich also von der infolge seines Rechtsverhältnisses für ihn begründeten Reparaturpflicht, die natürlich immer erst im Fall der Reparaturbedürftigkeit vorhanden ist, durch Dereliction befreien kann, spricht die l. 65.[100]) von einem Fall, wo der mangelhafte eine Reparatur erheischende Zustand durch seine positive Thätigkeit herbeigeführt ist, wo er also nicht infolge seiner Stellung als Usufructuar, wegen Nichtthuns dessen, was ihm obliegt, sondern als Thäter, wegen etwas, was er nicht thun durfte, haftet: der Usufructuar wird trotz der Bereitwilligkeit, auf sein Recht zu verzichten, dann nicht absolvirt (während dies im Fall der l. 64. geschieht), wenn er reficere debet, quod suo suorumque facto deterius factum est. Von einem infolge Nichterfüllung der dem Usufructuar als solchem obliegenden Reparaturpflicht eingetretenen Schaden ist hier keine Rede, es handelt sich darum, daß er das durch seine positive Handlung Verschlechterte reparirt, nicht darum, daß er Ersatz wegen Unterlassung der Reparatur leistet: schon das *suorum* facto deterius factum erhebt

99) l. 48. pr. de usufr.

100) Sed cum fructuarius debeat quod suo suorumque facto deterius factum sit reficere, non est absolvendus, licet usum fructum derelinquere paratus sit.

dies über allen Zweifel. Was nun speciell die Forderung der Caution und den aus der Leistung derselben dem Eigenthümer erwachsenden Schaden betrifft, so ist diese Forderung und dieser Schaden nicht durch die Unterlassung der Reparatur begründet, sondern durch die Reparaturbedürftigkeit: das Reparirenmüssen wie das Cavirenmüssen hat also seinen Ursprung in derselben Quelle, in dem mangelhaften Zustand des Gebäudes. Daher kann sich der Usufructuar in der gleichen Weise wie von der Reparaturpflicht so von der Cautionspflicht durch Preisgeben seines Rechts befreien, und blos dann, wenn suo suorumque facto, also vitio operis a fructuario facti in diesem Sinn, der mangelhafte Zustand herbeigeführt ist, steht ihm dieses Recht der Dereliction gegenüber dem Eigenthümer nicht zu, sowenig in Bezug auf die Reparaturpflicht wie auf die Cautionspflicht.

Wir haben bisher von dem Fall gesprochen, wo die Cautionsforderung durch einen Zustand veranlaßt ist, der durch gewöhnliche dem Usufructuar obliegende Reparaturen beseitigt werden kann. Hier ruht auch die Last der Caution allein auf dem Usufructuar und es steht dem statt seiner cavirenden Eigenthümer eine Klage auf vollen Ersatz bezüglich auf Sicherstellung in vollem Umfang zu, der jedoch der Usufructuar durch sein recedere ab usu fructu entgehen kann, so daß der Zwang gegen ihn nur ein indirecter ist. Anders gestaltet sich die Sache dann, wenn der die Cautionsforderung veranlassende schadendrohende Zustand ein nur durch außerordentliche Reparatur zu beseitigender ist. Derartige Reparaturen auf eigene Kosten vorzunehmen gehört nicht zu den Pflichten des Usufructuars. Aber auch der Eigenthümer, falls ihm nicht nicht etwa besondere obligatorische Verhältnisse,

wie in dem Fall der l. 46. §. 1. de usufr., diese Last auflegen, ist dazu nicht verpflichtet. Er hat nur die Ausübung des Ususfructus zu dulden, nichts positiv vorzunehmen, wodurch er die Ausübung ermöglicht und für die Zukunft erhält: der Usufructuar muß sich die Verschlechterung und den Untergang des Objects und die dadurch herbeigeführte Minderung und Aufhebung seines Rechts gefallen lassen, ohne deshalb einen Anspruch gegen den Eigenthümer zu haben. Hier ist also Keiner von Beiden zur Reparatur verpflichtet[1]). Vollkommen gleichgiltig hierfür und für die Frage nach dem Verhältniß zwischen Eigenthümer und Usufructuar in dieser Beziehung ist es nun vor Allem, worin die nur durch außerordentliche Reparaturen zu beseitigende Schadhaftigkeit des Gebäudes ihren Grund hat, ob in einem vitium soli oder in einem vitium aedificii. Auch die unabhängig von einem vitium soli eintretende Fehlerhaftigkeit der Superficies kann, wie gerade die l. 7. §. 2. cit. zeigt, eine solche sein, die außerordentliche Reparaturen nothwendig macht. Der ganze Unterschied zwischen vitium soli und aedium ist ein factischer, nämlich der, daß dort immer außerordentliche Reparaturen erforderlich sind, während hier schon gewöhnliche Reparaturen genügen können. Daraus erklärt es sich, daß, wie es in l. 10. und in l. 20. geschieht, jenes als Repräsentant der durch außerordentliche, dieses als Repräsentant der durch gewöhnliche Reparaturen zu beseitigenden Fehlerhaftigkeit genannt wird. So wenig nun aber Einer

1) Reficere eum (scil. fructuarium) aedes per arbitrum cogi, hactenus tamen, ut sarta tecta habeat: si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere. l. 7. §. 2. de usufr.

dem Andern zu solchen außergewöhnlichen Reparaturen verpflichtet ist, so hat doch jeder von beiden das Recht dieselben vorzunehmen: auch der Eigenthümer kann den Usufructuar hieran nicht hindern[2]). Daß dem Usufructuar wegen dessen, was er zur Beseitigung eines solchen Zustands über seine Pflicht hinaus aufgewandt hat, ein Ersatzanspruch gegen den Eigenthümer zusteht, folgt nicht nur aus den allgemeinen Grundsätzen über impensae necessariae, wie sie z. B. auch bei der Dos zur Anwendung kommen, sondern ist auch in l. 7. C. de usufr. 3. 33. ausdrücklich anerkannt. Dieser Anspruch des Usufructuars auf Ersatz wegen der ihm nicht obliegenden impensae necessariae muß aber unter gewissen Voraussetzungen nothwendig eine Modification, eine Minderung erleiden. So unbillig es wäre, wenn der Eigenthümer da, wo ihm durch den Aufwand des Usufructuars seine Sache erhalten worden ist, gar keinen Ersatz zu leisten hätte, so unbillig würde es auf der andern Seite sein, wenn der Usufructuar vollen Ersatz vom Eigenthümer verlangen könnte in einem Fall, wo der Aufwand nicht ausschließlich dem Eigenthümer, sondern zugleich und zwar in erster Linie dem Usufructuar selbst zu gute kommt, wo der Usufructuar selbst noch den Nutzen von seiner Verwendung hat und sie ausbeutet. Hier kann der Usufructuar nur beanspruchen, daß ihm ein Theil des Aufgewandten, bemessen nach dem Verhältniß des Nutzens, den er und den der Eigenthümer davon hat, ersetzt werde. Ebenso muß zwar der Eigenthümer, der

2) Non posse fructuarium prohiberi, quo minus reficiat —: nec solum necessarias refectiones facturum, sed etiam voluptatis causa l. 7. §. 3. de usufr.

freiwillig solche Reparaturen vorgenommen hat, an der durch seinen Aufwand erhaltenen Sache dem Usufructuar das fernere uti frui gestatten[3]), aber es wäre wieder unbillig, wenn der Usufructuar zu dem uti zugelassen werden müßte, ohne daß er an dem Aufwand, der ihm das fernere uti in der alten Weise erst ermöglicht hat, irgendwie theilnähme: die Erhaltung der Sache nützt für die Dauer des Ususfructus in erster Linie dem Usufructuar, nicht dem Eigenthümer, daher muß jener zu den Kosten der Erhaltung nach Verhältniß beitragen. Diese Beitragspflicht des Nichtreparirenden kann aber weder der reparirende Usufructuar noch der reparirende Eigenthümer durch Klage erzwingen. Dem Usufructuar steht zur Geltendmachung des theilweisen Ersatzanspruchs lediglich ein Retentionsrecht zu[4]), er kann die Klage des Eigenthümers auf Herausgabe der Sache nach Beendigung des Nießbrauchs durch Retentionseinrede zurückweisen — will also der Eigenthümer seine Sache nicht fordern, so giebt es kein Mittel ihn zum Conferiren zu nöthigen; der Eigenthümer, dem der Usufructuar nicht Ersatz leistet, hat nur die Möglichkeit, ihn an der ferneren Ausübung des Nießbrauchs, welche durch das Conferiren bedingt ist, zu hindern — will also der Usufructuar seinen Nießbrauch nicht ausüben, so braucht er auch nicht zu conferiren.

Wenden wir nun das in Bezug auf die Vornahme außerordentlicher Reparaturen Gesagte auf den Fall an, wo ein solche Reparaturen erheischender Zustand die For-

3) l. 7. §. 2. de usufr.: si heres refecerit, passurum fructuarium uti.

4) Vgl. Elvers Servitutenlehre S. 533 ff.

derung der c. d. infecti veranlaßt hat, wo es sich also nicht um die Erhaltung der Sache, sondern um die Erhaltung des Rechts sowohl für den Eigenthümer wie für den Usufructuar handelt[5]). So wenig wie zur Reparatur so wenig ist Einer dem Andern verpflichtet, dem Verlangen des Cautionssuchers nachzukommen. Keiner erfüllt durch Leistung der Caution eine dem Andern obliegende Pflicht, aber Jeder erhält dadurch zugleich sich und dem Andern sein Recht. Daher ist hier wie dort die beiderseitige Theilnahme an dem zur Erhaltung des Rechts wie zur Erhaltung der Sache gemachten Aufwand eine unabweisliche Forderung der Billigkeit. Die l. 22. pr. cit. erkennt dies ausdrücklich an: der cavirende Eigenthümer hat gegen den Usufructuar, der cavirende Usufructuar gegen den Eigenthümer einen Anspruch auf conferre, weil es iniquum est, alterum sine damno uti aedibus aut aedes habere. Daß sich diese Stelle nur auf einen solchen Fall bezieht, wo keinem von Beiden eine Verpflichtung zur Cautionsleistung obliegt, wo also der die Cautionsforderung veranlassende Zustand außergewöhnliche Reparaturen erfordert, ist klar: nur hierauf paßt wie die Berufung auf die Billigkeit so das conferre. Könnte der Usufructuar, der die Last der gewöhnlichen Reparaturen allein zu tragen hat, wegen Vornahme außergewöhnlicher Reparaturen vollen Ersatz vom Eigenthümer verlangen, und könnte der Eigenthümer, der wegen der von ihm vorgenommenen gewöhnlichen Reparaturen einen Anspruch auf vollen Ersatz gegen den Usufructuar hat, wegen Vornahme außer-

5) Wenn nicht cavirt wird, verlieren, wie wir gesehen haben, Beide ihr Recht.

ordentlicher Reparaturen gar keinen Ersatzanspruch gegen den Usufructuar geltend machen, so wäre ein Fall, in dem es zum conferre kommt, gar nicht denkbar: bei gewöhnlichen Reparaturen würde immer der cavirende Eigenthümer, bei außergewöhnlichen Reparaturen der cavirende Usufructuar einen vollen Ersatzanspruch haben, während dort der cavirende Usufructuar, hier der cavirende Eigenthümer einen solchen gar nicht hätte — für ein conferre wäre kein Platz. Wenn also von einem conferre immer nur da die Rede sein kann, wo Keinem von Beiden die Reparatur- und Cautionspflicht obliegt, und dies nur im Fall eines durch außerordentliche Reparaturen zu beseitigenden Zustands zutrifft, ein solcher Zustand aber nach dem früher Ausgeführten immer bei einem vitium soli vorliegt, so folgt daraus mit absoluter Nothwendigkeit, daß Paulus in l. 10. in f. cit., wo er dem de vitio soli cavirenden bezüglich aus der Caution zur Leistung des Schadenersatzes angehaltenen Usufructuar einen Ersatzanspruch gegen den Eigenthümer giebt, nur einen theilweisen Ersatzanspruch gemeint haben kann. Wie Paulus in l. 22. pr. die Voraussetzung, unter welcher es zu einem conferre kommt, nicht angiebt, weil es sich ihm von selbst versteht, daß das auf einen Fall, wo es sich um gewöhnliche ausschließlich dem Usufructuar obliegende Reparaturen handelt, nicht bezogen werden kann, so erörtert er in l. 10. in f. nicht, wie weit der Ersatzanspruch wegen einer im Fall eines vitium soli vom Usufructuar geleisteten Caution geht, weil es wieder selbstverständlich ist, daß in diesem Fall, wo Keinem von Beiden eine Verpflichtung obliegt, nur ein conferre in Frage kommen kann. Zwischen beiden Aussprüchen des Paulus ist also nicht entfernt ein Wi-

derſpruch, der etwa durch eine in dieſer Allgemeinheit innerlich ganz unbegründete Unterſcheidung zwiſchen vitium soli und aedium gehoben werden müßte, vielmehr ergänzen beide einander: im Fall eines vitium soli, welches aber nur als Repräſentant eines durch gewöhnliche Reparaturen nicht zu beſeitigenden Zuſtands genannt iſt, wäre es unbillig, wenn der Eine alle Laſt, der Andere nur den Vortheil von der geleiſteten Caution haben ſollte [6]).

6) Der Umſtand, daß Paulus in der l. 10. cit. ſich mit Erörterung der Frage nach dem Umfang des Erſatzanſpruchs des de vitio soli cavirenden Uſufructuars nicht beſchäftigt, findet noch ſeine ſpecielle Erklärung in dem ganzen Zuſammenhang dieſer Stelle. Paulus geht davon aus, daß der Eigenthümer trotz des Beſtehens eines Uſusfructus doch dem Bedrohten gegenüber zur Cautionsleiſtung verpflichtet iſt, wenn er es eben nicht zur missio in possessionem kommen laſſen will. Natürlich wird aber dadurch an dem zwiſchen Eigenthümer und Uſufructuar beſtehenden Verhältniß, wonach dieſem letzteren die Cautionslaſt oblag, nichts geändert. Darauf bezieht ſich der von Paulus angeführte Ausſpruch Julians: sed nisi proprietario repromittenti fructuarius caveat, denegandam ei fructus petitionem d. h. der Eigenthümer kann vollen Erſatz vom Uſufructuar fordern. Dieſer Ausſpruch Julians iſt aber zu allgemein, er gilt eben nur für den Fall, wo die Laſt allein auf dem Uſusfructus ruht, für denſelben Fall, mit dem ſich die unmittelbar vorausgehende l. 9. §. 5. beſchäftigt. Und darum corrigirt und beſchränkt Paulus dieſen Satz Julians, indem er in ſchroffem Gegenſatz einen Fall hervorhebt, wo unzweifelhaft umgekehrt der cavirende Uſufructuar einen Erſatzanſpruch gegen den Eigenthümer hat. Nur darauf kam es dem Paulus hier an, durch die Gegen-

An dem somit festgestellten Resultat, daß, wenn wegen eines außerordentliche Reparaturen erheischenden Zustands vom Eigenthümer oder vom Usufructuar die Caution geleistet ist, der Nichtcavirende von dem Cavirenden zu einem conferre angehalten werden kann, vermag auch die auf den ersten Blick befremdlich erscheinende l. 20. h. t. nichts zu ändern. Nach dieser ist die c. d. infecti zwischen Eigenthümer und Usufructuar dann zulässig, si fructuarius de soli vitio caveri sibi desideret. Man könnte hieraus die allgemeine Verpflichtung des Eigenthümers ableiten wollen, bei einem vitium soli stets die ganze Cautionslast zu tragen, indem es inconsequent erscheine, daß der Usufructuar da, wo er selbst wegen eignen Schadens vom Eigenthümer Caution fordern kann, von diesem wieder zu theilweiser Ersatzleistung soll gezwungen werden können, wenn Dritte Schaden leiden. Mit Recht hat jedoch Elvers (S. 530 f.) dieses Argument durch Verweisung auf die Analogie der Noxalklagen widerlegt. Wie wegen vitium soli die Forderung der c. d. infecti so steht auch wegen Vergehungen des usufructuarischen Sclaven die actio noxalis dem Usufructuar gegen den Eigenthümer zu, und doch wird der Usufructuar zur Beisteuer herangezogen, wenn der Sclave gegen Dritte delinquirt, und zwar weil durch die Auslösungssumme sein Ususfructus so gut gerettet wird wie das Eigenthum[7]): wie die Zahlung der litis aestimatio so ist die Leistung der

überstellung dieses Falls den Satz Julians als nicht überall zutreffend nachzuweisen, einer weitern Ausführung, daß der Anspruch des Usufructuars nur auf theilweisen Ersatz gerichtet sei, bedurfte es nicht.

7) l. 18. l. 17. §. 1. de nox. act. 9. 4.

c. d. infecti der Preis, um welchen beide Rechte erhalten werden und zu dem daher Beide contribuiren müssen. Die Analogie der Noxalklagen paßt aber nur für denjenigen Fall der c. d. infecti, wo weder dem Eigenthümer noch dem Usufructuar die Verpflichtung zur Reparatur und Cautionsleistung oblag. Den delinquirenden Sclaven zu defendiren sind Eigenthümer und Usufructuar sich gegenseitig nicht verpflichtet, Keiner steht dem Andern dafür ein und haftet wegen Unterlassung; hat also Einer die Vertheidigung übernommen und die litis aestimatio gezahlt, so hat er, weil er zugleich dem Andern sein Recht erhalten hat, einen Anspruch auf conferre, dessen Nichtbefriedigung für den Andern den Verlust seines Rechts zur Folge hat, wie dieser ja sein Recht auch verloren haben würde, wenn jener nicht durch Leistung der litis aestimatio den Anspruch des Verletzten befriedigt hätte. Mit diesem Fall läßt sich bei der c. d. infecti eben nur der vergleichen, wo die Cautionsforderung durch einen außerordentliche Reparaturen erheischenden Zustand, zu dessen Beseitigung weder Eigenthümer noch Usufructuar verpflichtet war, veranlaßt worden ist. Nur da, aber auch immer da, wo im Verhältniß unter einander eine Verpflichtung zum defendere und cavere nicht besteht, hat, wie wiederholt hervorgehoben werden mußte, der Gedanke Berechtigung, daß das von dem Einen gebrachte Beiden nützende Opfer von Beiden gemeinsam getragen werden muß. —

Es bleibt zunächst noch die Frage an der Hand der Quellen näher zu erörtern, in welcher Weise der Ersatzanspruch des Caventen geltend gemacht werden kann. Die Antwort ist die gleiche, mag der Anspruch auf vollen oder auf theilweisen Ersatz gerichtet

sein. Zwei Fälle giebt es, in denen dieser Anspruch in gewöhnlicher Weise durch Klage verfolgbar ist, ohne daß der Ersatzpflichtige durch Preisgeben seines Rechts sich der Leistung entziehen kann. Wir haben beide bereits kennen gelernt: wenn dem Eigenthümer infolge besonderen obligatorischen Verhältnisses die Reparaturpflicht obliegt, wie im Fall der l. 46. §. 1. de usufr., und wenn, wovon die l. 65. pr. eod. spricht, der schadhafte Zustand durch positive Thätigkeit des Usufructuars oder seiner Angehörigen herbeigeführt ist. Abgesehen von diesen beiden Fällen ist der Zwang ebenso wie bei den Noxalklagen, wenn auch nicht überall aus denselben Gründen[8]), immer nur ein indirecter: der Nichtcavirende hat die Alternative Ersatz zu leisten oder sein Recht preiszugeben, er kann ohne Ersatzleistung sein Recht nicht geltend machen.

Während wir nun als Folge davon, daß der Usufructuar dem cavirenden Eigenthümer nicht Ersatz leistet, stets das uti frui prohibere und petitionem fructus denegare genannt finden, sagt Paulus für den Fall, wenn dem cavirenden Usufructuar vom Eigenthümer nicht

8) Bei der Noxalklage liegt die Sache immer so, daß Keiner von Beiden zum defendere verpflichtet ist: deßhalb kann der Defendirende keine Klage gegen den Andern erheben. Anders bei der c. d. infecti: in Bezug auf einen durch gewöhnliche Reparatur zu beseitigenden Zustand ist der Usufructuar zum Caviren verpflichtet und kann deßhalb vom cavirenden Eigenthümer mit einer Klage auf Ersatz belangt werden; daß er trotzdem durch Dereliction frei wird, ist, wie wir gesehen haben, nichts der c. d. infecti eigenthümliches, sondern gilt überhaupt hinsichtlich der Verpflichtungen des Usufructuars.

Ersatz geleistet wird, einmal (l. 22. pr.): solum *retinebit* fructuarius, si aedes ceciderint, donec praestetur ei damnum, das andere Mal (l. 10 fi.): si fructuarius de soli vitio quid praestiterit, *ius domini ad eum transferri oportet.* Daß diese Verschiedenheit zwischen retinere und dominium transferri nicht, wie es gewöhnlich dargestellt wird, durch den Unterschied zwischen vitium aedium und vitium soli begründet ist, bedarf nach dem bisher Ausgeführten keiner weitern Erörterung. Nicht weniger falsch ist es aber, wenn Elvers (S. 528. A. d[2]) eine innere Verschiedenheit beider Ausdrücke überhaupt leugnet und das ius domini ad eum transferri oportet nur als eine ungenaue Ausdrucksweise dafür, daß der Usufructuar bis zur erfolgten Einlösung factisch das Recht des Eigenthümers übe, aufgefaßt wissen will. Beide Ausdrücke bezeichnen in der That etwas verschiedenes und zwar genau das, was sie sagen: factisches Zurückhalten der Sache und rechtlichen Uebergang des Eigenthums. An einen Widerspruch des Paulus mit sich selbst ist natürlich nicht zu denken: wie erklärt es sich also, daß er einmal dies, das andere Mal jenes als Folge des Nichtersatzleistens des Eigenthümers nennt? Wir haben die Erklärung bereits früher (Ziff. 28.) angedeutet: die Verschiedenheit der beiden Folgen ist eine zeitliche, sie entspricht den beiden Stadien der missio in possessionem. Wäre von beiden Theilen nicht cavirt worden, so würde der Cautionssucher ex primo decreto mittirt worden sein und infolge davon die Detention der Sache gehabt haben, so lange nicht seinem Verlangen entsprochen worden wäre, er wäre dem klagenden Eigenthümer gegenüber durch Retentionseinrede geschützt gewesen; wäre auch nach Ver-

lauf längerer Zeit die Caution nicht geleistet worden, so wäre die das Eigenthum übertragende missio ex secundo decreto erfolgt. Hat nun der Usufructuar durch seine Cautionsleistung die missio des Cautionssuchers abgewandt und dadurch einen Ersatzanspruch gegen den Eigenthümer erlangt, so ist es nur billig, daß er die Stellung einnimmt, die der ohne sein Dazwischentreten mittirte Dritte eingenommen haben würde: er bekommt zunächst die Detention, die er zwar infolge seines Rechts schon hatte, die er jetzt aber auch nach Beendigung seines Rechts behält, so daß er berechtigt ist, solum retinere, donec ei praestetur damnum; läßt sich aber der Eigenthümer fortdauernd zur Ersatzleistung nicht bereit finden, so wird, entsprechend der missio ex secundo decreto, ius domini ad fructuarium transferirt. Mit voller Deutlichkeit spricht Paulus selbst diesen Gedanken in l. 22. pr. aus: der Usufructuar soll solum retinere — *ut quod haberet vicinus missus in possessionem, id fructuarius habeat, qui damnum vicino sarciit;* in l. 10. in f. zieht er nur die Consequenz aus diesem Princip, indem er, wieder in scharfem Gegensatz zu dem referirten Satz Julians, gleich die letzte Folge für den dem cavirenden Usufructuar nicht Ersatz leistenden Eigenthümer hervorhebt. In Bezug auf den umgekehrten Fall, wenn der Usufructuar dem cavirenden Eigenthümer nicht Ersatz leistet, tritt die Verschiedenheit der beiden Stadien in den Quellen nicht äußerlich hervor. Es ist hier, wie gesagt, gleich von uti frui prohibere und von petitionem fructus denegare die Rede, und das ist, wie wir früher sahen, auf Seiten des Cautionssuchers erst die Wirkung der missio ex secundo decreto. Diese hier stattfindende

Abweichung von dem obigen Princip erklärt sich aber einfach aus dem, was in Bezug auf die Vornahme von Reparaturen zwischen Eigenthümer und Usufructuar gilt. Handelt es sich um gewöhnliche Reparaturen, die dem Usufructuar obliegen, so hat der dieselben vornehmende Eigenthümer eine Klage auf Ersatz, von welcher sich der Usufructuar nur durch Dereliction frei machen kann, verweigert dieser also den Ersatz für die Reparatur, so kann der Sinn nur sein, daß er lieber sein Recht aufgiebt und auf dessen Geltendmachung verzichtet als Ersatz leistet, und das uti frui prohibere ist die selbstgewollte Folge. Hat aber der Eigenthümer außerordentliche Reparaturen, die weder ihm noch dem Usufructuar oblagen, vorgenommen, so muß er zwar die Ausübung des Nießbrauchs an der reparirten Sache gestatten, aber dieses uti pati ist, wie wir gesehen haben, von der Voraussetzung der Leistung eines entsprechenden Beitrags von Seiten des Usufructuars abhängig, folglich kann der Eigenthümer den zu den Kosten der Reparatur nicht beitragenden Usufructuar am uti frui hindern. Es ist dies also durchaus nicht etwas der c. d. infecti Eigenthümliches. Steht aber dieses Recht dem reparirenden Eigenthümer zu, so muß es in gleicher Weise auch der cavirende Eigenthümer haben: er kann, wenn er infolge des reparaturbedürftigen Zustands einem Dritten Caution leisten muß, unmöglich schlechter gestellt sein als wenn er ohne Cautionsforderung den schadendrohenden Zustand durch seine Reparatur beseitigt hat, er kann nicht wie der mittirte Cautionssucher blos Mitbesitz unter fortdauerndem Genußrecht des Usufructuars erlangen, sondern die Folge, die für den missus erst mit dem zweiten Decret eintreten würde, das uti frui pro-

hibere, muß hier sofort eintreten. Daher ist für den nicht Ersatz leistenden Usufructuar stets nur von uti frui prohibere die Rede. Trotzdem besteht sicherlich auch hier ein den beiden Stadien der missio in possessionem entsprechender Unterschied insofern, als zunächst für den Usufructuar noch die Möglichkeit gegeben ist, durch nachträgliches Anerbieten zur Ersatzleistung das ihm entzogene uti frui wieder zu erlangen, während, wenn er längere Zeit hindurch von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht hat, ihm der Nießbrauch definitiv verloren geht[9]). —

9) Aehnliches wird man in Bezug auf die Noxalklagen annehmen müssen. In den Quellen wird nur gesagt, daß der die litis aestimatio zahlende Eigenthümer den nicht conferirenden Usufructuar am uti frui hindern kann und der die litis aestimatio zahlende Usufructuar dem Eigenthümer gegenüber ein Retentionsrecht hat, bis dieser ihm seinen Beitrag leistet. Wie aber die Folge des Nichtdefendirens Beider die das Eigenthum auf den Verletzten übertragende ductio sein und der Usufructuar, wenn der Eigenthümer nicht defendirt, durch seine noxae datio den Kläger zum Eigenthümer machen würde, so kann der die litis aestimatio zahlende Usufructuar nicht ewig auf sein Retentionsrecht beschränkt sein und der Eigenthümer fortwährend ein Einlösungsrecht behalten, sondern der Prätor wird bei fortdauernder Weigerung des Eigenthümers, seinen Beitrag zu zahlen, dem Usufructuar die Stellung des ducens bezüglich noxae accipiens eingeräumt haben, wie andererseits der Usufructuar bei fortdauernder Weigerung, dem die litis aestimatio zahlenden Eigenthümer zu conferiren, sein Recht definitiv verloren und nicht für alle Zeiten die Möglichkeit der Einlösung behalten haben wird. Dagegen

Wir haben die Frage nach der Höhe des von dem Collationspflichtigen zu leistenden Beitrags noch nicht besprochen. Die Quellen geben darüber keine Auskunft, die Entscheidung kann aber nicht zweifelhaft sein. Da der Grund des Conferirenmüssens darin liegt, daß durch die Caution zugleich das Recht des Nichtcaventen wie das des Caventen erhalten worden ist, so muß der Umfang des vom Nichtcavirenden zu zahlenden Beitrags sich durch das Verhältniß des Werths seines Rechts zu dem Werth des Rechts des Caventen bestimmen. Für die Noxalklagen ist denn auch dieser Maßstab ausdrücklich anerkannt[10]). Es wird also

spricht auch nicht die l. 27. pr. de nox. act. 9. 4.: usus fructus autem, etiamsi persecutio eius denegetur, ipso iure durat eo usque donec non utendo constituto tempore pereat, denn hier ist nicht davon die Rede, daß der Usufructuar noch fortdauernd bis zum Erlöschen des Ususfructus das Recht hat, sich durch Offeriren der litis aestimatio die Ausübung des Ususfructus zu erhalten, sondern davon, daß der Prätor zwar wohl die persecutio iuris denegiren, nicht aber das civile Recht selbst aufheben kann, dieses vielmehr ipso iure fortdauert, bis es durch Extinctivverjährung erlischt. Ueberdies handelt diese Stelle nicht von conferre zwischen Eigenthümer und Usufructuar, sondern von dem Recht des ducens und es unterliegt keinem Zweifel, daß dieser nach einmal erfolgter ductio die nachträgliche Leistung des usufructuarius praesens qui defensionem suscipere noluit nicht anzunehmen braucht: nur eorum qui bona fide absunt ius non corrumpitur.

10) l. 17. §. 1. de nox. act.: — si servi nomine agat, in quo usus fructus tuus, proprietas mea sit, officio iudicis continebitur, cum cum noxae dedero,

der Werth des Nießbrauchs und der Werth des Eigenthums abzüglich des Nießbrauchs geschätzt und nach dem daraus sich ergebenden Verhältniß die Last des von dem einen allein gebrachten Opfers auf beide vertheilt. Nun hängt aber — den gewöhnlichen Fall eines mit dem Tod des Inhabers endenden Nießbrauchs angenommen — der Werth des Nießbrauchs und somit auch der der nuda proprietas von der Dauer des Lebens des Nießbrauchsberechtigten ab. Da diese Dauer eine ungewisse und nur nach Wahrscheinlichkeit zu bestimmende ist, so ist auch die Schätzung eine unsichere, die sich in der Zukunft als durchaus unrichtig erweisen kann. Soll nun die einmal erfolgte Schätzung, die natürlich sofort bei Erhebung der Forderung des Caventen auf Beitrag von Seiten des Andern vorgenommen werden mußte und doch zu dieser Zeit eben nur nach Wahrscheinlichkeit erfolgen konnte, für alle Zeiten definitiv maßgebend sein, auch dann noch, wenn sich der Werth der beiden Rechte mit voller Sicherheit bestimmen läßt? Bekanntlich wird uns in Bezug auf die Berechnung der quarta Falcidia für den Fall, wenn die Dauer des legirten Rechts unbestimmt und von künftigen Umständen, insbesondere der Dauer des Lebens des Berechtigten abhängig ist, eine zweifache Art der Schätzung eines solchen Rechts angegeben[11]): entweder soll der Werth nach den gesetzlich anerkannten Regeln der Wahrscheinlichkeit der menschlichen

ut etiam usum fructum actoris faciam: sed per praetorem id consequar ego dominus proprietatis, ut aut cogat praetor te *pro aestimatione usus fructus conferre ad litis aestimationem* aut usu fructu cedere —.

11) l. 68. pr. l. 55. ad leg. Falc. 35. 2.

Lebensdauer festgestellt werden oder es soll die Schätzung auf so hoch erfolgen, quanti venire id legatum potest, wofür aber natürlich auch die voraussichtliche Dauer des Rechts, welche von der Dauer des Lebens des Berechtigten abhängt, maßgebend ist — in beiden Fällen jedoch, obgleich dies nicht unbestritten ist, vorbehaltlich endlicher Berechnung und späterer Correction, indem der Legatar, wie dies für den Fall des Rentenvermächtnisses besonders hervorgehoben wird[12]), die im Edict proponirte Caution ‚quanto amplius accipit reddi' zu leisten hat. Sicherlich muß in gleicher Weise auch für den Fall, wenn dem de damno infecto Cavirenden theilweiser Ersatz von dem Andern zu leisten ist, eine solche endliche Regelung vorbehalten und durch Caution gesichert werden. Angenommen der Werth des Ususfructus ist nach obigen Regeln auf 10000, der des Eigenthums auf 40000 geschätzt worden, weil man von der Voraussetzung einer Lebensdauer des Usufructuars von 20 Jahren ausgegangen ist, und der dem Stipulanten zu ersetzende Schaden beläuft sich auf 5000: hier würde der Usufructuar $^1/_5$, der Eigenthümer $^4/_5$ zu tragen haben, es würde also der Usufructuar dem die ganzen 5000 leistenden Eigenthümer 1000, und der Eigenthümer dem die vollen 5000 zahlenden Usufructuar 4000 zu conferiren haben. Soll es nun hierbei definitiv sein Bewenden haben, auch wenn der Usufructuar bereits nach einem Jahr stirbt? Es würde doch, wenn der Eigenthümer die 5000 geleistet hätte und bevor er die entsprechende Collation vom Usufructuar fordert, dieser gestorben wäre, also die Beitragsquote erst nach Beendigung des Ususfructus festgestellt würde, unzweifelhaft

12) l. 1. §. 16. eod.

der Werth des Ususfructus nach der wirklichen Dauer geschätzt werden: der Umstand, daß zu der Zeit, wo der Werth des Ususfructus bestimmt werden soll, nur eine Schätzung nach Wahrscheinlichkeit möglich ist, kann nicht bewirken, daß diese Schätzung für alle Zeiten giltig ist, auch dann noch, wenn infolge des Erlöschens des Rechts der wahre Werth desselben bestimmt werden kann. Gerade das Princip der aequitas, auf welches Paulus die Collationspflicht selbst stützt, fordert weiter, daß die sofort nothwendige und doch zur Zeit nur auf der Grundlage der Wahrscheinlichkeit mögliche Schätzung nicht die definitiv maßgebende ist.

30. Für den Fall, daß an der schadendrohenden Sache, wegen deren die c. d. infecti gefordert wird, ein Pfandrecht besteht und entweder vom Eigenthümer oder vom Pfandgläubiger die Caution und infolge der Caution Ersatz für den eingetretenen Schaden geleistet worden ist, gelten in Bezug auf das Verhältniß zwischen dem Caventen und dem Nichtcavirenden zum Theil andere Grundsätze.

In unserem Titel findet sich, wie schon bemerkt, eine Erörterung über dieses Verhältniß nicht. Die wenigen Schriftsteller, die sich überhaupt mit dieser Frage beschäftigen[13]), betrachten unter Bezugnahme auf l. 9. pr. §. 3. de reb. auct. iud. poss. 42. 5.[14]) die Cau-

13) Hesse Rechtsverh. I. S. 166. 167. Aebli S. 30.

14) Praetor ait: ‚si quis, cum in possessione bonorum esset, quod eo nomine fructus ceperit, ei, ad quem ea res pertinet, non restituat: sive, quod impensae sine dolo malo fecerit, ei non praestabitur — de ea re iudicium in factum dabo'. — Et ipsi itaque

tion ohne Unterscheidung als eine dem Eigenthümer obliegende Last: sei von diesem die Caution nicht geleistet und dadurch der Pfandgläubiger, um sein Recht zu schützen, dazu genöthigt worden, so habe letztrer gegen den Eigenthümer eine actio in factum auf Schadensersatz, welche alles umfasse, was er entweder zur Vermeidung des Verfalls der Stipulation angewandt hat, um das schadhafte Grundstück in guten Stand zu setzen, oder was er infolge der Caution nach eingetretenem Schaden an den Beschädigten gezahlt hat — und daraus folgt natürlich, daß, wenn umgekehrt vom Eigenthümer Caution und Ersatz an den Dritten geleistet ist, er gar keinen Ersatzanspruch gegen den Pfandgläubiger hat. Nun spricht aber die angeführte Stelle nur von dem prätorischen Pfandrecht der missi in bona und von deren an die Stelle der hier unzulässigen actio negotiorum gestorum tretenden actio in factum und es fragt sich, ob das hierfür Gesagte ohne Weiteres für alle übrigen Pfandberechtigten gilt. Es wird nöthig sein, für diese zwei Fälle zu unterscheiden: entweder ist der dem Pfandgläubiger gegenüberstehende Eigenthümer der verpfändende Schuldner selbst bezüglich dessen Erbe, oder der verpfändende Eigenthümer hat das Grundstück veräußert und dem Pfandgläubiger steht als Eigenthümer ein Dritter gegenüber, der nicht der verpfändende Schuldner ist.

Betrachten wir zunächst den ersten Fall. Zwischen

creditori — dabitur actio — sive quid in fructibus percipiendis erogavit — sive in praediis fulciendis vel reficiendis vel damno infecto promittendo.

dem vertragsmäßigen Pfandgläubiger, qui pignus accepit, und dem prätorischen besteht der Unterschied, daß der erstere infolge seiner Haftung für levis culpa zur Vornahme der zur Erhaltung des Pfandobjects nothwendigen Reparaturen und daher auch zur Leistung der infolge der Vitiosität der Sache geforderten c. d. infecti verpflichtet ist, während der letztere nur für lata culpa und daher nicht für Vornahme solcher Reparaturen haftet, weshalb in l. 15. §. 30. h. t. die Vergleichung beider in dieser Beziehung ausdrücklich als unstatthaft zurückgewiesen wird[15]). Aber doch ist auch ein andrer Pfandgläubiger nicht verpflichtet, die Reparatur auf eigene Kosten vorzunehmen, er hat — und das ist für den Ersatzanspruch wegen geleisteter c. d. infecti das Entscheidende — das Recht vollen Ersatz der Impensen vom Eigenthümer zu fordern, wie andrerseits der das Pfandobject selbst reparirende Eigenthümer keinerlei Ersatzanspruch gegen den Pfandgläubiger hat[16]). Beides wie beim prätorischen Pfandgläubiger, nur daß der durch Vertrag Pfandberechtigte, der creditor pignoraticius wie hypothecarius, nicht wie jener einer besondern prätorischen actio in factum bedarf: ihm steht aus dem Pfandcontract die actio pignoraticia contraria auf

15) Si quis damni infecti in possessionem missus sit, fulcire eum et reficere insulam debere sunt qui putent eamque [eumque] culpam praestare exemplo eius, qui pignori accepit. sed alio iure utimur: cum enim ob hoc tantum missus sit, ut vice cautionis in possessione sit, nihil ei imputari, si non refecerit.

16) l. 8. pr. l. 25. de pign. act. 13. 7. l. 7. C. eod. 4. 24.

vollen Ersatz der Reparaturkosten und somit auch auf vollen Ersatz des infolge der c. d. infecti Geleisteten zu. Von einer Minderung des Ersatzanspruchs und von einer Beitragspflicht, wie wir sie im Verhältniß zwischen Eigenthümer und Usufructuar in Bezug auf außerordentliche Reparaturen kennen gelernt haben, kann hier beim Pfandgläubiger keine Rede sein. Was für den Ususfructus ausnahmsweise gilt — daß der Eigenthümer, wenn er wie im Fall der l. 46. §. 1. de usufr. 7. 1. zur Reparatur auf eigne Kosten verpflichtet war, keinen Beitrag vom Usufructuar und dieser, falls er statt des Eigenthümers reparirt oder cavirt hat, vollen Ersatz vom Eigenthümer fordern kann —, das gilt hier beim Pfandgläubiger immer. Der cavirende Pfandgläubiger nimmt dem Verpfänder gegenüber dieselbe Stellung ein wie der cavirende Eigenthümer gegenüber dem Usufructuar in dem Fall, wo die Caution wegen eines Zustands gefordert war, der durch gewöhnliche dem Usufructuar obliegende Reparaturen beseitigt werden kann: wie hier der Eigenthümer gegen den Usufructuar so hat der Pfandgläubiger gegen den Eigenthümer eine Klage auf vollen Ersatz, weil die Verpflichtung die Kosten der Reparatur zu tragen dort auf dem Usufructuar, hier auf dem Eigenthümer liegt[17]). Zwar erhält der Pfandgläubiger durch Leistung der Caution sich selbst sein Recht nicht minder als das des Eigenthümers, dieser Umstand ist aber, wie wir bereits bei Betrachtung des

17) Nur insofern besteht ein Unterschied zwischen beiden Fällen, als der Usufructuar durch Preisgeben seines Rechts sich frei machen kann, nicht aber der Eigenthümer gegenüber dem cavirenden Pfandgläubiger. Siehe im Folgenden.

Verhältnisses zwischen Usufructuar und Eigenthümer gesehen haben, da ohne allen Einfluß, wo für den einen die Verpflichtung besteht, die Kosten der Reparatur allein zu tragen. Daß aber diese Last immer allein auf dem Eigenthümer ruht und es hier nicht, wie im Verhältniß zwischen Eigenthümer und Usufructuar, Fälle giebt, wo der Pfandgläubiger zu conferiren hat, erklärt sich leicht. Das Pfandrecht gewährt dem Berechtigten nur Sicherheit für seine Forderung, nicht wie der Usufructus ein Genußrecht, und der Pfandgläubiger beutet nicht wie der Usufructuar das Aufgewandte zum Theil wieder aus: indem er durch Reparatur die Sache, durch c. d. infecti das Recht für sich und den Eigenthümer erhält, erhält er doch sich lediglich ein Sicherungsmittel für eine Forderung, welche auch, wenn die Caution nicht geleistet wird, unverändert fortbesteht, dem Eigenthümer aber erhält er den Genuß eines Objects und Rechts, welches dieser ohne die Leistung des Pfandgläubigers verlieren würde. Das Vermögen des Eigenthümers würde sich ohne diese Leistung mindern, das des Pfandgläubigers nicht. Mag der Eigenthümer seine Schuld an den Pfandgläubiger zahlen oder nicht, in beiden Fällen ist er es, dessen Vermögen die Erhaltung des Rechts zu gute kommt. Zahlt er, so hat er die Sache frei vom Pfandrecht, sie und ihr Nutzen ist ihm erhalten, wie er auch bis zur Zahlung den Nutzen von der Sache allein gehabt hat; zahlt er nicht und wird infolge davon das Pfand verkauft, so hat er doch wieder den Vortheil, indem durch den Erlös seine Schuld getilgt und ihm eventuell noch die hyperocha ausgezahlt wird. Es ist also auch durchaus begründet, daß der Eigenthümer die Last allein trägt und keinen Anspruch auf Collation von Sei-

ten des Pfandgläubigers hat. Welches Resultat würde sich auch ergeben, wenn es anders wäre? Müßten beide an dem Opfer participiren, so müßte sich natürlich wieder wie beim Ususfructus die Höhe der von beiden zu contribuirenden Quote nach dem Verhältniß des Werths der beiderseitigen Rechte bestimmen. Nehmen wir an, es sei ein Haus im Werth von 10000 für eine Forderung von 8000 verpfändet, der Pfandgläubiger oder der Eigenthümer hat cavirt und infolge davon 1000 an den Beschädigten gezahlt: hier würde der Pfandgläubiger $^{8}/_{10}$, der Eigenthümer $^{2}/_{10}$ zu contribuiren haben. Der Pfandgläubiger müßte also, um sich das Pfandrecht, welches ihm einen materiellen Genuß gar nicht gewährt, zu erhalten, seine persönliche Forderung, die durch das Pfandrecht gesichert sein soll, um 800 mindern! — Ist es mithin sicher, daß der cavirende Pfandgläubiger gegen den Eigenthümer eine Klage auf vollen Ersatz des infolge der c. d. infecti Geleisteten hat, so ist nicht minder unzweifelhaft, daß der Eigenthümer dieser Klage durch Preisgeben des Eigenthums nicht entgehen kann. Er haftet obligatorisch aus dem Pfandcontract auf Ersatz der nothwendigen Impensen und mithin auch hierfür: von dieser auf seiner Person ruhenden Pflicht kann er sich, wie wir das früher in Bezug auf den ex testamento dem Usufructuar zur Reparatur verpflichteten Eigenthümer ausgeführt haben, durch Dereliction der Sache nicht befreien. Daß dem zur Vornahme der gewöhnlichen Reparaturen gleichfalls obligatorisch verpflichteten Usufructuar ein solches Recht zusteht, ist eine nur für dieses Verhältniß geltende und in ihm ihren Grund findende Eigenthümlichkeit, die auf andere Verhältnisse durchaus unanwendbar ist.

Alles dies gilt aber doch nur für den Fall, von dem wir bisher ausgegangen sind: wenn die Eigenschaft des Eigenthümers und Verpfänders noch in einer Person vereinigt ist, wie sie es zur Zeit der Verpfändung war. Anders verhält es sich, wenn inzwischen ein Wechsel in der Person des Eigenthümers eingetreten ist und zur Zeit der Cautionsforderung dem Pfandberechtigten ein Eigenthümer gegenübersteht, der nicht der Verpfänder ist. Nur der Pfandcontract begründete die Klage des Pfandgläubigers auf vollen Ersatz des zum Zweck der Reparatur und infolge der c. d. infecti Aufgewandten. Gegen den Singularsuccessor des Verpfänders die Klage zu gestatten fehlt es an jedem juristischen Grund: diesem gegenüber ist der cavirende wie der reparirende Pfandgläubiger auf das gewöhnliche Retentionsrecht beschränkt. Daraus folgt zunächst eine Abweichung von jenem Fall in der Richtung, daß der Eigenthümer hier durch Preisgeben seines Eigenthums wie dem Cautionssucher gegenüber von der Caution so dem cavirenden Pfandgläubiger gegenüber von jeder Ersatzleistung sich frei machen kann, indem er dadurch diesem die Gelegenheit, seinen Ersatzanspruch im Wege der Retentionseinrede geltend zu machen, entzieht. Das Verhältniß ist also insofern dasselbe wie das zwischen Eigenthümer und Usufructuar in dem Fall, wo ein außerordentliche Reparaturen erheischender Zustand die Forderung der Caution veranlaßt hat[18]). Aeußert sich aber

18) Der Eigenthümer kann sich wie gegenüber dem cavirenden Usufructuar so gegenüber dem cavirenden Pfandgläubiger von jeder Verpflichtung zur Ersatzleistung durch Dereliction seines Rechts frei machen, wie umgekehrt auch der Pfandgläubiger ebenso wie der Usu-

die Gleichheit beider Fälle auch in Bezug auf den Umfang des dem cavirenden Pfandgläubiger vom Eigenthümer zu leistenden Ersatzes? Wir haben gesehen, daß im Verhältniß zwischen Eigenthümer und Usufructuar in Bezug auf außerordentliche Reparaturen Keiner dem Andern verpflichtet ist dieselben auf seine Kosten vorzunehmen und daß infolge davon der in einem solchen Fall das Opfer der Cautionsleistung Bringende Theilnahme an dem Opfer von Seiten des Andern verlangen kann, wenn derselbe überhaupt von der Erhaltung seines Rechts Gebrauch machen will. Gilt dies auch hier im Verhältniß zwischen dem Eigenthümer und Pfandgläubiger, in welchem gleichfalls Keiner dem Andern zu einer solchen Leistung verpflichtet ist? Muß man nicht sagen, daß auch hier der durch Retentionseinrede geltend zu machende Anspruch des Pfandgläubigers auf theilweisen Ersatz geht, woraus natürlich wieder folgt, daß auch der cavirende Eigenthümer einen Anspruch auf Collation von Seiten des Pfandgläubigers hat? Jedenfalls kann das keinem Zweifel unterliegen, daß der cavirende Pfandgläubiger nicht ohne Weiteres und immer vollen Ersatz vom Eigenthümer beanspruchen kann. Wenn der Pfandgläubiger später sein Recht ausübt und durch den Verkauf des Pfandobjects dem Eigenthümer das Eigenthum entzieht und der Erlös vollständig zur Tilgung der Pfandschuld verwendet wird, so hat die Caution des Pfandgläubigers dem Eigenthümer nichts genützt: der Eigenthümer würde durch die wegen Nichtleistens der Caution

fructuar dem cavirenden Eigenthümer nicht Ersatz zu leisten braucht, wenn er sein Recht aufzugeben bereit ist.

erfolgende missio des Cautionssuchers nicht mehr verlo-
ren haben als er durch den Pfandverkauf verliert; ihm
zuzumuthen, außer dem Verlust des Eigenthums noch ein
Geldopfer zu bringen, wäre unerhört. Das Princip der
Billigkeit, welches ein conferre von beiden Theilen for-
dert, gilt doch nur unter der Voraussetzung, daß beide
Theile infolge der Caution einen Vortheil haben, daß
beiden ihr Recht erhalten wird: hier aber wird dem
Eigenthümer, wenn es zum Pfandverkauf kommt, sein
Recht nicht erhalten, und von dem Vortheil, der im
Verhältniß zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger dem
ersteren auch nach der Veräußerung des Pfandobjects
noch bleibt, daß nämlich seine persönliche Schuld um
den Erlös aus dem Verkauf gemindert wird — ist
für den dritten Eigenthümer nicht die Rede. Daher
kann hier der cavirende Pfandgläubiger nicht blos nicht
vollen, sondern auch nicht theilweisen Ersatz vom Eigen-
thümer beanspruchen. Zudem würde es in diesem Fall
an jeder Möglichkeit der Geltendmachung eines solchen
Anspruchs fehlen: denn der Pfandgläubiger hätte hier
blos ein Retentionsrecht und die Möglichkeit dem Eigen-
thümer gegenüber zu retiniren ist erloschen, wenn die
Sache verkauft ist und der Erlös vollständig zur Til-
gung der Schuld verwandt werden muß. — Nun ist
aber dies doch nur eine von mehreren Möglichkeiten.
Zur Zeit der Cautionsleistung und der Ersatzforderung
des cavirenden Pfandgläubigers weiß man meist noch
nicht, ob der Verkauf des Pfandobjects nöthig sein und
mit welchem Resultat er erfolgen wird. Es ist ja mög-
lich, daß der Schuldner, bevor es zur Ausübung des
Pfandrechts kommt, Zahlung leistet: dann hat die Lei-
stung der Caution einen Nutzen für den Pfandberechtig-

ten gar nicht gehabt, sondern nur für den Eigenthümer, dem jetzt das Eigenthum durch jenen nicht mehr entzogen werden kann. Daher hat hier der Eigenthümer die ganze Last zu tragen und dem cavirenden Pfandgläubiger vollen Ersatz zu leisten, vorausgesetzt, daß er sein Eigenthumsrecht geltend machen will, denn der Pfandgläubiger ist auf sein Retentionsrecht beschränkt; doch muß auch hier dasselbe gelten wie beim Ususfructus: bei fortdauernder Weigerung des Eigenthümers wird das Eigenthum auf den Pfandberechtigten übertragen, ut quod haberet vicinus missus in possessionem id creditor habeat qui damnum vicino sarciit. Möglich ist endlich auch, daß es zwar zum Pfandverkauf kommt, aber der Erlös den Betrag der Schuld übersteigt und eine dem Eigenthümer zu gewährende hyperocha bleibt: hier haben beide Theile Nutzen von der Caution und das verhältnißmäßige Tragen der Last von beiden Theilen ist eine Forderung der Billigkeit. Da sich aber zu der Zeit, wo der Cavirende zur Ersatzleistung an den Stipulanten genöthigt ist, noch nicht immer übersehen läßt, welche von diesen verschiedenen Möglichkeiten sich verwirklichen wird, und die Frage nach dem Ersatzanspruch des Cavirenden unmöglich bis zu dieser Entscheidung in suspenso bleiben kann, so muß das Verhältniß zunächst nach dem gegenwärtigen Standpunkt beurtheilt werden und der ist, daß durch die Abwendung der missio infolge der Leistung der Caution von Seiten des Einen Beiden ihr Recht erhalten wird, während doch Keiner dem Andern dieses Opfer zu bringen verpflichtet war. Daher hat zunächst der Nichtcavirende dem Caventen nach Verhältniß des Werths der beiden Rechte zu conferiren. Aber noch weniger als beim Ususfructus kann hier diese

Regelung eine definitive sein. Die Collation findet nur statt unter gegenseitiger Cautionsleistung dahin, daß das Verhältniß später dem wahren Sachverhalt entsprechend regulirt, das zu viel Gezahlte zurückgegeben, das zu wenig Gezahlte nachgezahlt werde. Der Eigenthümer hat also dem cavirenden Pfandgläubiger nach Verhältniß des nach Abzug des Werths des Pfandrechts verbleibenden Werths des Eigenthums zu conferiren, einerseits gegen die Verpflichtung, auch den übrigen Theil nachzuzahlen, wenn das Pfandrecht nicht ausgeübt wird und ohne Verkauf erlischt, andererseits gegen das Versprechen des Pfandgläubigers, auch den vom Eigenthümer gezahlten Beitrag zurückzuerstatten, wenn das Pfandrecht ausgeübt und durch seine Ausübung der Werth des Eigenthums vollständig consumirt wird, während für den Fall einer nach Tilgung der Pfandschuld aus dem Erlös für das verkaufte Pfandobject verbleibenden hyperocha das Versprechen auf nachträgliche Regulirung in Gemäßheit der Höhe dieses dem Eigenthümer zu gute kommenden Ueberschusses gerichtet ist.

31. Einfacher als bei Ususfructus und Pfandrecht gestaltet sich die Sache im Fall der Superficies und Emphyteusis. Es gilt aber, wie dies in der Verschiedenheit der dem Superficiar und dem Emphytenta obliegenden Verbindlichkeiten begründet ist, für beide Fälle wieder Verschiedenes.

Wenn die *insula superficiaria* vitiosa est, so hat nach l. 9. §. 4. h. t., mag es sich um ein vitium soli oder aedificii handeln, der Eigenthümer durch repromissio, der Superficiar durch satisdatio zu caviren.

Ob der Cavirende gegen den Nichtcavirenden einen vollen oder theilweisen Ersatzanspruch hat, wird nicht gesagt, wir müssen also diese Frage nach Maßgabe der bisher gewonnenen Sätze beantworten. Der Superficiar ist nicht zur Reparatur der aedes superficiariae verpflichtet, er muß nicht wie der Usufructuar und der Emphyteuta dafür sorgen, daß die Sache in gutem Stand erhalten werde. Da er die superficies wie seine eigene Sache haben soll, so hat er die freieste Disposition darüber. Er kann, falls nicht in den gegebenen Verhältnissen oder in der Art der Bestellung eine Beschränkung liegt[19]), den superficiarischen Gegenstand untergehen lassen, wie er unter der gleichen Voraussetzung ihn auch durch positive Handlungen verschlechtern und vernichten kann. Andrerseits ist, wenn nicht wieder durch besondere obligatorische Verhältnisse eine Abweichung begründet wird, auch der Eigenthümer dem Superficiar nicht verpflichtet, die Sache in Stand zu erhalten. Es liegt also Keinem von Beiden die Verpflichtung zur Beseitigung des schadendrohenden Zustands ob. Während nun in einem solchen Fall im Verhältniß zwischen Usufructuar und Eigenthümer dem Reparirenden ein Anspruch auf theilweisen Ersatz der Reparaturkosten zusteht, weil dadurch die Sache zum Vortheil beider erhalten wird, läßt sich das Gleiche im Verhältniß zwischen Superficiar und Eigenthümer nicht behaupten, weil eben jener Grund hier nicht zutrifft. Der reparirende Superficiar erhält die Sache nur zu seinem eignen Vortheil, nicht zugleich für den Eigenthümer: nicht blos kann er infolge seines freien Dispositionsrechts die Sache wieder vernichten,

19) Vgl. oben Ziff. 19. bei Anm. 3 ff.

sondern es kann sogar der Untergang der Sache vortheilhaft für den Eigenthümer sein, indem unter Umständen das Superficiarrecht selbst, welches nicht wie der Ususfructus seiner Natur nach auf bestimmte Zeit beschränkt ist, dadurch erlischt. Daher kann der reparirende Superficiar nicht theilweisen Ersatz der aufgewandten Kosten fordern, während andrerseits der reparirende Eigenthümer aus dem Gesichtspunkt der negotiorum gestio Anspruch auf vollen Ersatz haben würde. Anders verhält es sich jedoch mit der Leistung der c. d. infecti. Auch hierzu ist Keiner dem Andern verpflichtet, sowenig wie zur Reparatur: aber während die Reparatur dem Eigenthümer nicht die Sache erhält, erhält die Cautionsleistung ihm sein Recht. Würde die Caution von keiner Seite geleistet, so würde durch die alsdann erfolgende missio in possessionem nicht blos dem Superficiar, sondern auch dem Eigenthümer sein Recht entzogen werden. Leistet also Einer von Beiden die Caution, so bewirkt er damit zugleich Erhaltung des Rechts für den Andern, und der Satz der l. 22. pr. h. t., daß es unbillig wäre, wenn dem Einen ohne allen Schaden sein Recht verbliebe, welches doch nur durch das von dem Andern gebrachte Opfer erhalten ist, muß hier wieder zur Anwendung kommen: der cavirende Superficiar wie der cavirende Eigenthümer hat gegen den Nichtcavirenden einen im Wege indirecten Zwangs geltend zu machenden Anspruch auf conferre nach Verhältniß des Werthes beider Rechte.

Ein solcher Anspruch auf conferre ist im Verhältniß zwischen Emphyteuta und Eigenthümer nicht anzuerkennen. Aus welchem Grunde? Zunächst könnte man versucht sein, dies darauf zu stützen, daß gegen den

Emphyteuta eine selbständige Cautionsforderung suo nomine geht: wenn er vom Cautionssucher belangt wird und nicht cavirt, so erfolgt die missio ausschließlich in sein Recht, nicht in das des Eigenthümers, durch seine Cautionsleistung wendet er also auch nur für sich, nicht für den Eigenthümer den Verlust des Rechts ab. Dieses Argument widerlegt sich jedoch durch die Erwägung, daß der Cautionssucher sich mit der missio gegen den Emphyteuta nicht zu begnügen braucht: wenn er, falls der zuerst in Anspruch genommene Emphyteuta seinem Verlangen nicht nachkommt, sich, wie er es kann, an den Eigenthümer hält, dann würde dieser vor der Alternative stehen zu caviren oder sein Recht preiszugeben. Diese Gefahr wird jedenfalls durch die Cautionsleistung des Emphyteuta für den Eigenthümer abgewendet und damit auch diesem sein Recht erhalten. Dennoch ist aus einem andern Grund die Collationsverbindlichkeit des nichtcavirenden Eigenthümers zu leugnen. Die Verpflichtungen des Emphyteuta gegenüber dem Eigenthümer sind andere als die des Superficiars. Er darf das Grundstück nicht verschlechtern, ist vielmehr verpflichtet, dasselbe durch angemessene Cultur und Reparatur auf eigene Kosten in gutem Stand zu halten, ihm liegt die Beseitigung aller Mängel, die Vornahme aller Reparaturen ob, und Ersatz der nothwendigen Impensen kann er, da diese Verwendungen eben zur Erhaltung der Sache und zur Vermeidung von Deteriorationen erforderlich sind, nicht beanspruchen. Was beim Usufructus für den Fall gewöhnlicher Reparaturen gilt, gilt hier allgemein. Daher hat der Emphyteuta ohne Rücksicht auf den Ursprung des fehlerhaften Zustands auch die Last der c. d. infecti allein zu tragen und kann wegen der von ihm

geleisteten Caution, obgleich dadurch zugleich der Eigenthümer gegen die Gefahr des Verlustes seines Rechts geschützt worden ist, einen Anspruch auf Collation gegen den Eigenthümer nicht geltend machen, sowenig wie dies der Usufructuar kann, der wegen eines durch gewöhnliche Reparaturen zu beseitigenden Zustands die Caution geleistet hat. Daraus ergiebt sich von selbst, was für den Fall der Cautionsleistung von Seiten des Eigenthümers gilt: er hat einen durch Klage geltend zu machenden Anspruch auf vollen Ersatz, und dieser Klage kann der Emphyteuta, anders als im entsprechenden Fall der Usufructuar, nicht durch Dereliction seines Rechts entgehen[20]).

32. Die bisherigen Erörterungen (Ziff. 28—31.) bezogen sich auf den allein Schwierigkeiten bereitenden Fall, wo wegen des fehlerhaften Zustands der Sache, wegen vitium aedium et loci, die Caution gefordert und vom Eigenthümer oder vom dinglich Berechtigten geleistet war. Es bleibt noch die Frage zu beantworten, wie sich das Verhältniß zwischen Eigenthümer und dinglich Berechtigtem gestaltet, wenn es sich um ein *vitium operis* handelt, welches Einer von Beiden vornimmt oder vorgenommen hat. Wird die Caution gefordert wegen eines facere, welches zu einem opus per-

20) Die Streitfrage, ob überhaupt der Emphyteuta von seinem Rechtsverhältniß und den damit verbundenen Verpflichtungen durch Dereliction sich losmachen kann, berührt uns hier nicht, da auch die diese Frage Bejahenden doch anerkennen, daß die Dereliction den Emphyteuta nicht von seinen Verbindlichkeiten für die Vergangenheit, insbesondere von der Ersatzverbindlichkeit wegen Verschlechterung, befreit.

fectum noch nicht geführt hat, so ruht natürlich die Last allein auf dem Thäter, z. B. dem Usufructuar. Die Folge des Nichtcavirens ist ja hier nicht die missio in possessionem, sondern die Hinderung der Fortsetzung des facere, dadurch erwächst aber demjenigen, der der Thäter nicht ist, z. B. dem Eigenthümer, kein Nachtheil, es wird also auch nur der Thäter, der an dem facere ein Interesse hat, die Caution leisten, um sich das facere zu ermöglichen. Ist nun wirklich durch das infolge seiner Cautionsleistung gestattete facere dem Stipulanten ein Schaden zugefügt worden, so hat er selbstverständlich keinen Anspruch darauf, daß dieser Schaden von dem Andern auch nur zum Theil mitgetragen werde, auch dann nicht, wenn der Schaden post opus perfectum eintritt, z. B. si opus ideo, quia male aedificatum erat, corruit (l. 24. pr. fi. h. t.). Wird aber die Caution überhaupt erst gefordert, nachdem das opus bereits perfectum ist, so steht eben wieder eine Caution wegen fehlerhaften Zustands des Grundstücks in Frage: der Eigenthümer wie der dinglich Berechtigte muß, einerlei wer von ihnen das opus gemacht hat, dem Bedrohten die geforderte Caution leisten, wenn er den Verlust seines Rechts vermeiden will, denn hier kommt es, wenn von keiner Seite cavirt wird, wieder zur missio in possessionem. Für das Verhältniß zwischen Eigenthümer und dinglich Berechtigtem kommt aber die Thäterschaft unter der Voraussetzung in Betracht, daß die Ursache des schadendrohenden Zustands eben in dieser Thätigkeit liegt, also der Schaden infolge der fehlerhaften Errichtung droht. Dann ruht die ganze Last allein auf dem Thäter: hatte er cavirt, so kann er keinen Ersatz vom Andern fordern, während, wenn der

Andere cavirt hat, dieser von ihm vollen Ersatz beanspruchen kann. Wenn hingegen die Fehlerhaftigkeit sich nicht auf das facere, auf einen Fehler in der Errichtung zurückführen läßt, sondern durch Alter, Naturereignisse u. s. w. der schadendrohende Zustand herbeigeführt worden ist, so gelten wieder die im Bisherigen dargestellten Grundsätze: wenn z. B. das superficiarische Gebäude infolge Alters den Einsturz droht, so ist es ganz gleichgiltig, ob die Superficies an einem bereits stehenden Gebäude eingerämt ist oder der Superficiar selbst erst das Gebäude errichtet hat.

33. Der Grund der Forderung der c. d. infecti und die Person des Caventen ist von Einfluß auf die Form der Cautionsleistung. Sie ist entweder einfaches Versprechen in Stipulationsform, repromissio, oder es muß daneben noch volle Sicherheit für die Erfüllung dieses Versprechens geleistet werden und zwar wie bei allen stipulationes praetoriae[21]) durch Bestellung von Bürgen, satisdatio. Das prätorische Edict in l. 7. pr. h. t. giebt nur an, daß letzteres im Fall des alieno nomine Cavirens erforderlich sei, während, wenn Jemand suo nomine cavire, blos repromittirt zu werden brauche: damni infecti suo nomine promitti, alieno nomine satisdari iubebo. Was die Kriterien dieser Unterschiede sind, wer suo, wer alieno nomine cavirt, ist im Edict nicht gesagt. Daß darüber auch unter den römischen Juristen Zweifel und Meinungsver-

21) Praetoriae satisdationes personas desiderant pro se intervenientium et neque pignoribus quis neque pecuniae vel auri vel argenti depositione in vicem satisdationis fungitur. l. 7. de praet. stip. 46. 5.

schiedenheiten bestanden, zeigen l. 11. l. 13. §. 1. l. 30. §. 1. h. t. Die neuern Schriftsteller, die sich meist nur an die speciellen Entscheidungen der Quellen halten, sind zu größerer Klarheit und Uebereinstimmung nicht gelangt.

Donell[22]) meint, wer suo nomine belangt werde, cavire auch suo nomine, suo nomine werde aber belangt, wer de damno suae rei aut de damno eius operis quod fecit rei suae nomine zur Cautionsleistung aufgefordert werde: der Eigenthümer des baufälligen Gebäudes oder des Grund und Bodens, wo er baut, der bonae fidei possessor, der so lange als Eigenthümer gelte, bis feststeht, daß er nicht Eigenthümer ist, der Inhaber einer Realservitut, der etwas zur Reparatur vornehme; alieno nomine hingegen cavirten alle diejenigen, die alienarum aedium nomine aut eius operis nomine, quod in alieno non iure servitutis faciunt, belangt werden: der Superficiar wegen des Schadens der auf fremdem Boden stehenden superficies, der Usufructuar wegen des usufructuarischen Gebäudes wie wegen eines opus, das er auf dem usufructuarischen Boden macht, endlich alle, die in loco publico bauen. In ähnlicher Weise erklären Sintenis[23]) u. A. den Eigenthümer, den bonae fidei possessor und den Inhaber einer Realservitut, der die zur Ausübung seiner Servitut erforderlichen Vorrichtungen macht, für verpflichtet zur repromissio, während sie von Seiten des Superficiars, des Emphyteuta, des Usufructuars und des

22) Comm. iur. civ. lib. XV. c. 47. §. 12.

23) Das practische Civilrecht II. §. 127. bei Anm. 48. 49.

Pfandgläubigers satisdatio verlangen. Nach Bachofen[24]) wird für fremdes Eigenthum Satisdation geleistet, für die Gefahr des eigenen repromittirt; vom Fructuar, Superficiar, Pfandgläubiger werde Satisdation verlangt, dem Eigenthümer stehe der Emphyteuta und bonae fidei possessor gleich, der Inhaber einer Prädialservitut trete als wahrer Eigenthümer auf, zwar nicht als Eigenthümer des Bodens, auf welchem er sein Recht ausübt, aber als Eigenthümer des herrschenden Grundstücks, welchem die Servitut als Qualität einverleibt ist; bei den in loco publico unternommenen opera sei satisdatio erforderlich, hingegen bei den auf Privatland errichteten Werken bestehe die Caution stets in einfacher Repromission, möge der Eigenthümer oder ein Servitutberechtigter bauen, und nur beim Ususfructus sei es anders. Hesse endlich stellt neuerdings[25]) das Princip auf: suo nomine cavirt jeder, der die schadendrohende Sache auf Grund eines mit der Publiciana actio zu verfolgenden Rechts im juristischen Besitz hat, also der Eigenthümer, der bonae fidei possessor, der Superficiar und der Emphyteuta, sowie derjenige, der kraft einer Prädialservitut in alieno eine Anlage errichtet oder sonst etwas unternimmt, alieno nomine hingegen cavirt der Pfandgläubiger und Usufructuar und wer in publico eine Anlage macht, während er früher[26]) in Bezug auf das vitium operis unterschied zwischen denen, die in suo oder vermöge dinglichen Rechts (also nicht blos kraft

24) Pfandrecht S. 125. 390.
25) Rechtsverh. I. S. 101 ff.
26) C. d. infecti S. 89 ff.

einer Prädialservitut) in alieno und denen, die infolge blos persönlichen Rechts in alieno oder in publico ein Werk unternehmen, und von jenen repromissio, von diesen satisdatio verlangte.

Keine dieser Ansichten ist haltbar, keine verhilft dem suo und alieno nomine Caviren des prätorischen Edicts zu seinem Recht. Suo nomine cavere heißt für sich, alieno nomine cavere heißt für einen Andern, als Vertreter eines Andern caviren. Wie sich einfach hieraus die verschiedenen Aussprüche der Quellen erklären und wie hieraus die Entscheidung auch für die in den Quellen nicht erwähnten Fälle zu entnehmen ist, wird die folgende Betrachtung zeigen. Wir müssen auch bei dieser Frage den in den Quellen vorzugsweise besprochenen Fall, wo die Caution wegen eines schadendrohenden Zustands des Grundstücks gefordert wird und die Folge des Nichtcavirens die missio in possessionem ist, von dem Fall unterscheiden, wo ein facere, welches nur nach Leistung der Caution gestattet und ohne dieselbe verhindert wird, die Forderung der Caution veranlaßt.

Die Caution ist gefordert wegen eines *vitium aedium*. Daß der Eigenthümer des Gebäudes suo nomine cavirt und daher repromittirt, ist zweifellos und wiederholt ausgesprochen; wer sollte auch sonst suo nomine caviren, wenn er es nicht thäte? Daß das Eigenthum durch dingliche Rechte beschränkt ist, ändert daran nichts[27]). Dem Eigenthümer steht gleich der bonae fi-

27) l. 9. §. 4. 5. l. 10. l. 13. §. 1. l. 15. §. 25. l. 22. pr. §. 1. h. t.

dei possessor, obgleich manche Juristen andrer Ansicht waren: habet autem rationem, ut magis repromittat quam satisdet, suo enim nomine id facit[28]). Ist er auch, da er a non domino erworben hat, nicht Eigenthümer, so hält er sich doch dafür und cavirt für sich, für die seiner Meinung nach ihm gehörige Sache, nicht als Vertreter eines Andern. Dieselbe Stellung hat nach unsern früheren Ausführungen (Ziff. 27. a. E.) der Emphytenta, gegen den allein von allen dinglich Berechtigten ein selbständiger Cautionsanspruch erhoben werden kann mit der Wirkung, daß es bei seiner Weigerung zur missio in possessionem und zum Uebergang seines Rechts auf den Cautionssucher kommt. Alle übrigen Inhaber von iura in re aliena, nicht minder wie Jemand, der ohne alles eigne Interesse die defensio des Grundstücks an Stelle des Eigenthümers übernimmt, caviren alieno nomine: sie sind nicht Vertreter des Grundstücks, sondern Vertreter des Vertreters des Grundstücks. Wir haben gesehen, daß gegen sie ein selbständiger Cautionsanspruch nicht geht; werden sie belangt, ohne daß auch der Eigenthümer in Anspruch genommen oder doch dazu wenigstens der Versuch gemacht worden ist, so kann die missio in possessionem nicht verfügt werden: nur der Eigenthümer ist also der rechte Beklagte, die dinglich Berechtigten sind dem Cautionssucher gegenüber nur dessen Vertreter. Demgemäß wird denn auch in den Quellen überall für den Usufructuar, Pfandgläubiger, Superficiar die satisdatio als nothwendig hervorgehoben, weil sie als Vertreter eines Andern ca-

28) l. 13. pr. h. t.

viren[29]). Allerdings wäre an sich auch eine andere Auffassung möglich. Wenn nicht cavirt wird, so verliert auch der Inhaber eines ius in re sein Recht: cavirt er also, so thut er es nicht, um als Vertreter des Eigenthümers eine diesem obliegende Verpflichtung zu erfüllen, sondern er cavirt in seinem eignen Interesse, zum Schutz seines Rechts, also insofern suo nomine. Die Möglichkeit dieser Auffassung berücksichtigt Ulpian in l. 11. h. t.: quid de creditore dicemus qui pignus accepit? utrum repromittere, quia suum ius tuetur,

29) l. 9. §. 5. l. 10. l. 15. §. 25. h. t. — l. 11. coll. l. 15. §. 25. eod. — l. 9. §. 4. eod. Eigenthümlich ist es, in welcher Weise Hesse (Rechtsverh. I. S. 102 ff.), — um sein willkürliches Princip, daß Jeder, der die Sache auf Grund eines mit der actio Publiciana zu verfolgenden Rechts in juristischem Besitz habe, suo nomine cavire, zu retten — der letzteren Stelle Gewalt anthut. Sie soll von einem Fall sprechen, in welchem die Gefahr des Schadens gleichzeitig et soli et aedificii vitio herbeigeführt wird: leiste in diesem Fall der Superficiar die Caution, so thue er dies hinsichtlich des Grund und Bodens alieno nomine und es prävalire darum die satisdatio; wenn dagegen die Caution blos wegen vitium aedium gefordert werde, so leiste sie der Superficiar suo nomine und folglich mittelst bloßen Versprechens! Warum überwiegt denn dann nicht beim Eigenthümer, wenn er de vitio aedificii cavirt, die satisdatio? Ulpian fragt ganz allgemein, ob der Superficiar repromittiren oder satisdiren müsse, und citirt als Antwort den Ausspruch Julians, wonach bei Forderung der Caution wegen einer insula superficiaria, mag es sich um ein vitium soli oder aedificii handeln, der Eigenthümer repromittirt, der Superficiar satisdirt.

an satisdare, quia dominus non est, debebit? Aber gerade diese Stelle im Zusammenhalt damit, daß nach Ulpian (l. 15. §. 25. eod.) der Pfandgläubiger satisdatio zu leisten hat, sowie damit, daß der Usufructuar, dessen rechtliche Stellung ja dieselbe ist wie die des Pfandgläubigers, unzweifelhaft zur satisdatio verpflichtet ist, zeigt evident, daß nicht dieser Gesichtspunkt, quia ius suum tuetur, sondern der andere, quia dominus non est, der entscheidende ist. Wir können mithin — hinsichtlich der Caution wegen vitium aedium — als suo nomine cavirend denjenigen bezeichnen, der mit einem selbständigen Anspruch auf Caution belangt werden kann, so daß, wenn dies vergeblich geschehen ist und auch nicht ein Andrer für ihn eintritt, die missio in possessionem erfolgt: das ist zunächst und vor Allem der Eigenthümer, außer ihm noch der b. f. possessor und der Emphyteuta; wer sonst cavirt, thut es stets alieno nomine, selbst wenn er durch sein eignes Interesse, weil auch er im Fall der missio ein Recht verlieren würde, dazu bewogen wird.

Was aber ist der Grund dafür, daß der suo nomine Cavirende repromissio, der alieno nomine Cavirende satisdatio zu leisten hat? Warum werden, da der Zweck der Caution doch nur die Begründung eines Ersatzanspruchs ist und dazu in dem einen wie dem andern Fall die bloße repromissio ausreichen würde, im letztern Fall Bürgen verlangt? Man findet den Grund nicht selten darin, daß bei den suo nomine Cavirenden der Stipulant ein hinreichendes Executionsobject habe, welches bei den alieno nomine Cavirenden fehle: man geht also davon aus, daß die c. d. infecti an und für sich als satisdatio gedacht sei und der Eigenthümer nur

infolge der Sicherheit, welche sein Grundbesitz dem Stipulanten gewähre, mit nuda repromissio abkomme[30]). Diese Behauptung widerlegt sich schon dadurch, daß die angebliche Sicherheit in Wahrheit gar nicht vorhanden ist: der bonae fidei possessor kann der rei vindicatio des Eigenthümers unterliegen, der Eigenthümer kann nach Leistung der Caution sein Grundstück veräußern. Vor Allem aber ist diese Auffassung durchaus quellenwidrig. Nirgends wird die Entbehrlichkeit der satisdatio auf den Grundbesitz des Caventen gestützt, sondern immer nur darauf, daß er suo nomine cavire[31]). Der Gedanke ist einfach der: es handelt sich um das defendere des schadendrohenden Grundstücks: wer sein eignes Grundstück vertheidigt, bezüglich ein Grundstück, das er für das seine hält, der cavirt suo nomine, alle Andern erscheinen nur als Vertreter des Eigenthümers und daß sie satisdatio leisten müssen, ist lediglich eine Anwendung der Regel: qui alium defendit, satisdare cogitur, nemo enim alienae litis (rei) idoneus defensor sine satisdatione intelligitur[32]) — ob sie zu diesem alium defendere durch ihr eignes Interesse bewogen werden, ist gleichgiltig, wie ja auch der Eigenthümer doch immer suo nomine cavirt, wenn er auch durch seine Caution zugleich das Recht des dinglich Berechtigten erhält. Nicht die satisdatio, sondern die repro-

30) Vgl. z. B. Voet Comm. ad h. t. §. 6. Hesse C. d. inf. S. 92. Rechtsverh. I. S. 103. Sintenis II. §. 127. Anm. 49.

31) Vgl. insbesondere l. 7. pr. l. 13. pr. §. 1. h. t. Schlesinger Zeitschr. f. Rechtsgesch. VIII. S. 223.

32) l. 46. §. 2. de proc. 3. 3. §. 1. 5. J. de satisd. 4. 11. Gai. IV. 101.

missio wird von den Quellen zum Ausgangspunkt genommen. Es ergiebt sich das auch aus der Darstellung Ulpians in l. 1. §. 5—7. de stip. praet. 46. 5. Er sagt, daß von den praetoriae stipulationes manche repromissio, manche satisdatio erfordern, daß aber erstere die Ausnahme bilden und daher ihre Aufführung genüge. In §. 6. nennt er die stipulatio ex operis novi nuntiatione, die bald satisdatio, bald repromissio sei, in l. 7. heißt es: item ex causa damni infecti interdum repromittitur, interdum satisdatur, nam si quid in flumine publico fiat, satisdatur, de aedibus autem repromittitur. Die Regel ist also beim vitium aedium die repromissio und zwar aus der Natur der c. d. infecti heraus. Daß das satisdare und repromittere nichts mit der Sicherung durch Grundbesitz zu thun hat, zeigt mit voller Deutlichkeit auch der Schluß des §. 6. Wegen eines opus in publico soll die stipulatio ex o. n. n. nur als repromissio geleistet werden: sed hi quidem, qui suo nomine cavent, repromittunt, qui alieno, satisdant.

Eine andere ganz selbständige Frage ist die, ob die Bestimmung der l. 15. qui satisd. cog. 2. 8., wonach die Grundbesitzer von Satisdationen frei sind, auch auf den Fall Anwendung findet, wo ein alieno nomine die c. d. infecti Leistender z. B. ein Usufructuar eignen Grundbesitz hat, ob also hier die an sich erforderliche Bürgenstellung wegen des Grundbesitzes des Caventen unnöthig ist. Die Frage ist entschieden zu verneinen. Jene Bestimmung bezieht sich nur auf processualische Cautionen, insbesondre auf die, durch welche der Beklagte sich verpflichtet vor Gericht zu erscheinen, für sti-

pulationes cautionales gilt sie nicht[33]). Und abgesehen davon: die c. d. infecti ist im Fall des vitium aedium als repromissio gedacht, nur der alieno, procuratoris nomine Cavirende soll satisdare und ein Procurator wird durch seinen Grundbesitz von der Verpflichtung zur satisdatio nicht frei; nirgends ist in Bezug auf den Satz nemo alienae rei idoneus defensor sine satisdatione intelligitur eine derartige Ausnahme erwähnt, es ist dies ein persönliches Recht des possessor, welches im Fall der Uebernahme eines fremden Processes, einer fremden Verpflichtung nicht zur Anwendung kommen kann[34]).

33) Vgl. Arndts Pand. §. 93. Anm. 3. Bethmann-Hollweg Der röm. Civilproc. III. §. 152. Anm. 44.

34) Ist überhaupt der entscheidende Gesichtspunct für diese Satisdationsfreiheit der possessores die durch den Grundbesitz gewährte Sicherheit? Dagegen spricht der §. 7. der l. 15. cit.: possessor autem quis nec ne fuerit, tempus cautionis spectandum est: nam sicuti ei qui post cautionem possessionem vendidit, nihil obest, ita nec prodest ei, qui post cautionem possidere coepit. Die possessores bilden in der späteren Zeit einen besonderen Stand, dem, wie ihm mancherlei Lasten obliegen, auch manche Privilegien zustehen, sie werden neben den honorati und decuriones als besondere Kategorie der Einwohner genannt (l. 19. C. 1. 4. l. 8. C. 1. 55. l. 4. C. 9. 27. l. 1. D. 50. 9.). Dem Stand steht dieses Privileg der Satisdationsfreiheit zu wie dem der personae illustres. Daraus erklärt es sich, daß lediglich auf die Zeit der Cautionsleistung Rücksicht genommen wird; wäre die im Grundbesitz liegende Sicherheit der Grund, so müßte mit Wegfall dieser Sicherheit nachträglich Satisdatio geleistet werden, wie ja auch, wenn die be-

Wenn es zweifelhaft ist, ob der zur Cautionsleistung sich bereit Erklärende suo oder alieno nomine cavirt, d. h. wenn der Cautionssucher das zur nuda repromissio berechtigende Verhältniß, welches jener für sich in Anspruch nimmt, leuguet, so soll eine mit der Schleunigkeit des Verfahrens unvereinbare Untersuchung hierüber nicht stattfinden, sondern es wird satisdatio sub exceptione geleistet[35]). Die Fassung ist, wie l. 22. §. 1. h. t. angiebt: si dominus non esset. Es müssen also zwar Bürgen bestellt werden, aber diese verpflichten sich nur unter der Bedingung, daß der Cavent nicht Eigenthümer sei. Werden die Bürgen mit der actio ex stipulatu belangt, so können sie die natürlich von ihnen zu beweisende Einrede vorschützen, daß der Hauptschuldner Eigenthümer sei, und es bleibt dann nur die nuda repromissio des Eigenthümers.

Unzulässig ist das Verlangen des Cautionssuchers, daß ihm von demjenigen, der sich für den Eigenthümer ausgiebt und dessen Eigenthum er in Abrede stellt, satisdatio sub exceptione und außerdem noch von demjenigen, den er für den Eigenthümer erklärt, repromissio geleistet werde, er soll nicht zwei Schuldner haben, sondern muß wählen, von welchem von beiden er sich caviren lassen will[36]).

stellten Bürgen untauglich werden, ex integro satisdandum est (l. 10. §. 1. D. 2. 8.).

35) Si controversia sit dominus sit nec ne qui cavebit, sub exceptione satisdari iubebo. l. 7. pr. l. 31. §. 1. h. t.

36) Plautius. Si ab eo, quem dominum esse negarem, vellem sub hac exceptione ‚si dominus non esset' satisdari, ab eo vero, quem dominum esse dicerem,

Ein solches Wahlrecht steht dem Bedrohten dann nicht zu, wenn ein Eigenthumsproceß über das schadendrohende Grundstück schwebt. Hier ist das Leisten der c. d. infecti ein onus possessoris[37]). Ist dieser dazu bereit, so kann der Bedrohte nicht mit der Behauptung, daß der Kläger der wahre Eigenthümer sei, von diesem repromissio verlangen. Wohl aber muß, wenn der Cautionssucher das Eigenthum des Beklagten leugnet, dieser sub exceptione satisdare.

Nicht ganz klar ist, wie sich mit dem Satz, daß, si controversia est dominus sit nec ne, satisdatio sub exceptione geleistet werden muß, die Bestimmung verträgt, daß der bonae fidei possessor nur zu repromittiren braucht. Sicherlich kann die letztere Bestimmung dann nicht gelten, wenn der Cautionssucher einfach das Eigenthum des Caventen leugnet. Denn auch der b. f. possessor beruft sich wie der wirkliche Eigenthümer auf sein Eigenthum, und wie dieser so muß auch er durch das Leugnen des Cautionssuchers zur satisdatio sub exceptione gezwungen werden. Die Behauptung von Hesse[38]), daß die Vorschrift des sub exceptione satisdare sich nur auf das Verhältniß des Pfandgläubigers und Usufructuars gegenüber dem dominus, dagegen nicht auf den b. f. possessor beziehen könne, ist offenbar grundlos. Man muß wohl an den Fall denken, wo der

pure repromitti, constitit non debere me impetrare, sed debere me eligere, a quo velim mihi caveri. l. 22. §. 1. h. t.

37) l. 39. §. 1. h. t. Vgl. oben Ziff. 24. bei Anm. 11.

38) Rechtsverh. I. S. 103. Anm. 3.

Cautionssucher wenigstens die b. f. possessio des Gegners anerkennt[39]).

Wenn in Bezug auf den bisher betrachteten Fall des vitium aedium für die Frage, ob repromissio oder satisdatio geleistet werden muß, das Entscheidende der Umstand ist, ob der Cavent für sich und seine Sache cavirt, und das Erforderniß der satisdatio nur auf dem Satz nemo alienae rei idoneus defensor sine satisdatione intelligitur beruht, so kann die Beantwortung der Frage, wie es sich bei der Caution wegen eines *vitium operis* verhält, nicht zweifelhaft sein. Nur muß man, was häufig übersehen wird, festhalten, daß es sich dabei nicht um die bereits vollendete Anlage handelt — denn dann würde es ja wieder der Zustand des Grundstücks sein, der Schaden droht, und es würde, einerlei wer der Thäter gewesen ist, der Eigenthümer suo nomine, der dinglich Berechtigte alieno nomine caviren —: es handelt sich um das facere als solches, wegen dessen eben nur der Thäter als solcher belangt werden kann und wo die Folge des Nichtleistens der Caution die Verhinderung des Thäters, nicht die missio in possessionem ist. Soll nun blos der alieno nomine Cavirende satisdare, so kann derjenige, welcher als Thäter belangt wird und um zur Thätigkeit bezüglich zur Fortsetzung derselben zugelassen zu werden, caviren muß, nicht zur satisdatio verpflichtet sein: der Thäter, mag er Eigenthümer des Grundstücks sein, auf dem die Thätigkeit vorgenommen werden soll, oder ein beliebiger Andrer, cavirt nie alieno nomine, sondern immer nur für sich, wegen seines Thuns; nur wenn Jemand als Procura-

39) Vgl. oben Ziff. 22. i. Anf.

tor des Thäters sich zur Cautionsleistung erbietet, ist wieder satisdatio erforderlich[40]). Möglich wäre an sich allerdings auch eine andere Auffassung: man könnte das Gewicht statt auf das facere als solches auf den Ort legen, wo das facere vorgenommen wird, und deßhalb den in alieno Handelnden als de alieno cavirend ansehen. Durch diesen Gedanken ließ sich Labeo bestimmen, dem Inhaber einer servitus aquaeductus, der zum Zweck der Ausübung seiner Servitut auf dem praedium serviens ein opus unternehmen will, die Verpflichtung zur satisdatio aufzulegen. Mit Recht weist aber Ulpian diese Auffassung als unrichtig zurück: auf den Umstand, daß es ein fremdes Grundstück ist, komme es hier, wo wegen des facere als solchen die Caution gefordert werde, nicht an, der Thäter brauche nur zu repromittiren, denn da er wegen seiner Thätigkeit cavire, so cavire er quodammodo de re sua[41]).

L. 30. §. 1. h. t.: Utrum autem de hoc opere promittere an satisdare debeat, videamus. movet, quod *in* alieno facit: qui autem *de* alieno cavet, satisdare debet, qui de suo, repromittere. unde Labeo putabat eum, qui modulorum aut rivi faciendi causa opus faceret, etiam satisdare debere, quia *in alieno solo* faceret. sed cum *de opere, quod faciet,* exigatur stipulatio, consequens erit dicere sufficere repromissionem: quodam modo enim *de re sua* cavet.

40) Wie in l. 1. §. 6. in f. de stip. praet. 46. 5.

41) Vollständig mißverstanden wird diese Stelle von Bachofen S. 125.

Auf Grund dieser Stelle wird denn auch, wie das obige Referat über die verschiedenen Ansichten der neueren Schriftsteller zeigt, für den Fall eines kraft einer Realservitut in alieno unternommenen opus allgemein anerkannt, daß nur repromissio zu leisten sei. Hierauf will man es aber auch regelmäßig beschränken, in allen andern Fällen eines an sich erlaubten facere in alieno soll satisdatio erforderlich sein. Bachofen[42]) sagt ausdrücklich, daß sich die Bestimmung der l. 30. §. 1. cit. auf den Usufructuar nicht beziehe. Mit Recht macht ihm Schlesinger[43]) den Vorwurf, daß er den innern Zusammenhang der verschiedenen Quellenentscheidungen in Betreff der einzelnen Arten von dinglich Berechtigten verkenne: die Stellen, welche dem Usufructuar und Superficiar die satisdatio auferlegen — und so insbesondere die von Bachofen citirte l. 9. §. 5. l. 10. h. t. — sprächen gar nicht von dem Fall eines vitium operis, und es könne nicht zweifelhaft sein, daß dasselbe wie vom Realservitutberechtigten auch von demjenigen gelten müsse, welcher in Ausübung seines Nießbrauchs oder Superficiarrechts ein opus unternimmt. Unrichtig ist es aber wieder, wenn Schlesinger meint, nur dann, wenn ein solches opus in Ausübung eines dinglichen Rechts unternommen werde, bestelle der Unternehmer die Caution suo nomine. Denn der Grund, weßhalb nach Ulpian von Seiten des ein opus in alieno unternehmenden Realservitutberechtigten repromissio genügt, ist nicht der, weil diesem kraft eines dinglichen Rechts die Befugniß zu dem opus zusteht, sondern weil es seine Hand-

42) S. 390. Anm. 10.
43) Zeitschr. f. Rechtsgesch. VIII. S. 221. Anm. 34.

lung ist, wegen deren die Caution verlangt wird, und er deßhalb suo nomine, quodam modo de re sua, cavirt. Die Schlußworte der l. 30. pr.: solet enim opus in alieno fieri, cum iure servitutis, quam quis habet alieno agro impositam, opus in alieno faciat, zeigen, daß es Ulpian nur darum zu thun war, einen Fall zu nennen, in dem das facere in alieno ein an sich erlaubtes ist; die Frage, in welcher Form die in einem solchen Fall erforderliche Caution geleistet werden muß, ist eine von der Natur des Rechts, kraft dessen das facere in alieno überhaupt gestattet ist, ganz unabhängige. Es muß mithin schon aus diesem Grunde der Satz Ulpians ‚cum de opere quod faciet exigatur stipulatio, sufficere repromissionem' überall da gelten, wo überhaupt dem Thäter ein Recht zum facere in alieno zusteht, auch wenn dies ein rein persönliches durch Vertrag oder besondere gesetzliche Bestimmung gewährtes ist. Der Miether, der sein ius tollendi ausüben will, der Eigenthümer des auf einem fremden Grundstück vergrabenen Schatzes, der übergefallenen Früchte, der vi fluminis importata, sie alle caviren nur durch repromissio. Nirgends ist in den Stellen, die von solchen Fällen der c. d. infecti sprechen, das Erforderniß der satisdatio genannt, während sonst, wo satisdatio nöthig ist, dies immer hervorgehoben wird. Ja, in einer Stelle wird für einen solchen Fall ausdrücklich von repromissio gesprochen: zum Schutz beim Wegholen der vi fluminis importata wird den Eigenthümern ein prohibitorisches Interdict gegeben, si modo damni infecti repromitterent[44]). Muß aber der Eigenthümer

44) l. 9. §. 1. h. t.

des Grundstücks, auf dem eine solche Thätigkeit vorgenommen werden soll, sich mit repromissio begnügen, so kann auch der durch eine solche Thätigkeit eines Dritten z. B. durch den Fabrikbetrieb eines Miethers bedrohte Nachbar nicht mehr verlangen[45]).

So für den Fall des facere in privato. Mag hier das opus von dem Thäter auf seinem eignen oder auf einem fremden Grundstück vorgenommen werden und mag im letztern Fall die Befugniß dazu kraft dinglichen oder kraft persönlichen Rechts zustehen, die c. d. infecti ist immer repromissio.

Ist die Grundidee, aus der wir mit Ulpian dies als ein nothwendiges und durchaus consequentes Resultat ableiteten — daß nämlich der Thäter, weil er für sein Thun cavirt, nicht alieno nomine cavirt —, richtig, so müßte an und für sich auch bei einem opus in publico das Gleiche gelten. Hier aber wird, wie man allgemein annimmt, schlechtweg satisdatio verlangt[46]). Daß das so ist, kann nach dem oben Bemerkten mit dem Unterschied des suo und alieno nomine Cavirens nicht zusammenhängen; auch kann man es nicht mit Schlesinger a. a. O. daraus erklären, weil hier von einem eigentlichen dinglichen Recht keinesfalls die Rede sein könne, da wie wir sahen die Grundlage dieser Er-

45) Vgl. auch Windscheid II. §. 460. Anm. 10. — Die entgegengesetzte Entscheidung bei Seuffert Arch. IV. 11. beruht auf der irrigen Voraussetzung, daß für die Frage, ob repromissio oder satisdatio geleistet werden muß, der Umstand entscheidend sei, ob ein hinreichendes Executionsobject existire, an welches der Stipulant sich halten kann.

46) l. 7. pr. l. 15. §. 2. 6. 9. l. 24. pr. h. t.

klärung, daß nur der kraft dinglichen Rechts ein opus Unternehmende suo nomine cavire, falsch ist. Der Grund liegt lediglich in der besondern Bestimmung des prätorischen Edicts, deren Veranlassung nicht ganz klar ist. Zwar sieht sie Ulpian in l. 15. §. 2. 6. 9. cit. darin, quia in alieno fit: das steht aber in Widerspruch mit seiner eignen Ausführung in l. 30. §. 1., wo er die Ansicht Labeos, der Thäter habe deßhalb, weil er in alieno solo facit, Satisdation zu leisten, mit dem ganz richtigen Grund zurückweist, daß es sich hier beim facere nicht um fremde und eigne Sache, sondern um eignes Thun handle. Gerade das besondere Hervorheben des Falls des opus in flumine publico im prätorischen Edict beweist, daß derselbe nicht unter die gewöhnliche Regel ‚suo nomine promitti, alieno nomine satisdari iubebo' fällt. Daß das alieno nomine Caviren sich nicht mit dem Caviren wegen eines opus in alieno, speciell in publico deckt, ergiebt sich auch aus einer andern Stelle Ulpians, der l. 1. §. 6. de stip. praet. 46. 5. Die stipulatio ex operis novi nuntiatione ist im Fall eines opus in publico in Form der repromissio zu leisten, aber doch nicht in allen Fällen, es kommt auf die Person des Caventen an, nämlich: hi qui suo nomine cavent repromittunt, qui alieno, satisdant. Also trotzdem, daß es sich um ein opus in publico, in alieno handelt, cavirt der Thäter selbst doch immer suo nomine, nur wer als Vertreter des Thäters, alieno nomine, auftritt, hat Satisdation zu leisten. Ob aber der Thäter zur Leistung einer cautio ex o. n. n. oder einer c. d. infecti angehalten wird, vermag dafür, ob er suo oder alieno nomine cavirt, einen Unterschied nicht zu begründen. Nur

die specielle Bestimmung des prätorischen Edicts, nicht der Umstand, daß das facere in publico ein facere in alieno ist, kann mithin der Grund sein, daß hier satisdatio nöthig ist. Endlich wird dies auch bewiesen durch die l. un. de ripa mun. 43. 15. Wäre jener Umstand entscheidend und das Caviren wegen eines facere in alieno identisch mit dem Caviren alieno nomine, so müßte offenbar wegen eines opus in publico stets Satisdation geleistet werden. Nun zeigt uns die l. un. cit. einen Fall und zwar gerade den eines opus in flumine publico, wo die zum Zweck der Erlangung des prohibitorischen Interdicts zu leistende Caution entweder satisdatio oder repromissio sein kann; das facere in alieno ist also jedenfalls nicht das maßgebende [47]).

47) Ob hier beim Antrag auf Erlaß des Interdicts de ripa munienda mit oder ohne satisdatio zu caviren ist, soll sich nach l. un. §. 3. secundum qualitatem personae bestimmen. Was heißt das? Welche Person ist gemeint, die des Caventen oder die des Cautionssuchers? Die Glosse referirt verschiedene Ansichten. Nach Manchen ist die Person des Caventen entscheidend: Irnerius legt Gewicht auf das suo und alieno nomine Caviren in der Weise wie es die l. 1. §. 6. fi. de stip. praet. 46. 5. thut, Andere meinen, die repromissio genüge, wenn der Cavent honestae probataeque vitae sei. Nach Andern bestimmt es sich nach der Person des Impetranten: si suo nomine petat quis, ei satisdandum est, si nomine publico, debet repromitti, wofür l. 8. §. 2. 3. de o. n. n. 39. 1. citirt wird: si, cum possem te iure prohibere, nuntiavero tibi opus novum, non alias aedificandi ius habebis, quam si satisdederis. Quod si nuntiavero tibi, ne quid contra leges in loco

§. 1679.

IV. Forderung der Caution und aus der Caution.

1. Forderung der Caution.

34. Auch wenn der Cautionspflichtige der außergerichtlichen Aufforderung des Bedrohten nachzukommen sich geweigert hat[48]), braucht der Bedrohte nicht in allen Fällen angriffsweise mit einem Antrag auf Cautionsleistung vor Gericht aufzutreten.

Handelt es sich um die an sich berechtigte Vornahme von Handlungen auf einem fremden Grundstück, wegen deren der Grundeigenthümer die c. d. infecti verlangen kann, so darf dieser dem die Bestellung der Caution verweigernden Cautionspflichtigen die Vornahme jener Handlungen so lange untersagen, bis ihm die Caution geleistet wird. Er kann ihn factisch verhindern und der Klage des Gehinderten auf Zulassung und Gestattung der Hand-

publico facias, promittere debebis, quoniam de eo opere alieno iure contendo, non meo, et tamquam alieni iuris petitor repromissione contentus esse debeo. — Für die letztere Ansicht spricht entschieden der §. 4. der l. un.: *dabitur autem satis vicinis*, sed et his qui trans flumen possidebunt.

48) Regelmäßig wird eine solche außergerichtliche Aufforderung vorausgehen, l. 44. pr. h. t.: cum postulassem ut mihi damni infecti promitteres noluisti, et prius quam praetor adiretur, aedes tuae corruerunt —. Einigen sich die Parteien über das Ob und Wie der Cautionsleistung, so ist Alles einfach und einer Mitwirkung der Behörde bedarf es erst, wenn der befürchtete Schaden eingetreten ist und die in den gewöhnlichen Formen zu verhandelnde Klage aus der Stipulation angestellt wird.

lung die Einrede der nicht geleisteten Caution entgegensetzen, er kann mit den Rechtsmitteln aus seinem Eigenthum oder Besitz gegen ihn auftreten und die Einrede des Beklagten, daß er zur Vornahme jener Handlungen berechtigt sei, mit der Replik zurückweisen, daß ihm vorher Caution geleistet werden müsse[49]). In gleicher Weise ist dem Unternehmer eines opus in publico der Schutz in dieser Thätigkeit durch besondere Interdicte nur unter der Voraussetzung gewährt, daß er dem dadurch Gefährdeten Caution propter vitium operis leistet[50]). Aber auch da, wo Jemand in suo den Nachbar gefährdende Handlungen vornimmt, bedarf es unter gewissen Voraussetzungen nicht eines gerichtlichen Antrags. Wenn nämlich diese Handlung unter den Begriff eines opus novum im Sinn der operis novi nuntiatio oder des interdictum quod vi aut clam fällt, so kann der Bedrohte damni depellendi causa, ut damni infecti caveatur, nuntiiren oder prohibiren und durch die mit der Nichtachtung dieses Verbots verbundenen Nachtheile den Unternehmer zwingen, das opus einzustellen oder die geforderte Caution zu leisten[51]).

Abgesehen von diesen Fällen, also vor Allem da, wo der Schaden von dem Zustand eines Grundstücks droht, ebenso aber auch bei einem solchen facere in suo,

49) l. 19. §. 4. loc. 19. 2. l. 3. §. 11. l. 5. §. 4. de itin. 43. 19. l. 1. pr. l. 3. §. 9. de riv. 43. 21. l. 1. pr. de cloac. 43. 23. S. oben Ziff. 13. a. E.

50) l. un. pr. §. 3. de ripa mun. 43. 15. S. oben Ziff. 14. i. Anf.

51) l. 1. §. 16. 17. de o. n. n. 39. 1. l. 3. §. 6. quod vi aut cl. 43. 24. Vgl. diesen Commentar Serie der Bücher 39. 40. Bd. I. S. 145 ff. 397 ff.

bei dem nicht die Voraussetzungen zur operis novi nuntiatio oder zur prohibitio vorliegen[52]), muß der Bedrohte, wenn ihm vom Gegner nicht freiwillig cavirt wird, den Antrag auf Leistung der Caution bei der competenten Behörde stellen, welche wie bei allen stipulationes praetoriae über den Anspruch in extraordinaria cognitio entscheidet und denselben entweder als unbegründet zurückweist oder ihn als begründet anerkennt und dem Beklagten durch Decret die Verpflichtung zur Leistung der Caution auflegt[53]).

Die competente Behörde ist nur der mit Imperium bekleidete Magistrat, der Prätor, in den Provinzen der praeses provinciae. Denn iubere caveri praetoria stipulatione et in possessionem mittere magis imperii est quam iurisdictionis[54]). Den Municipalmagistraten stand also das Recht zur Verhandlung der c. d. infecti an sich nicht zu: ea quae magis imperii sunt quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest[55]). Gleich die erste Stelle unseres

52) Wie z. B. im Fall des Betriebs eines mit starker Erschütterung des Grund und Bodens verbundenen Gewerbes auf dem Nachbargrundstück, wodurch die Integrität meines Hauses gefährdet wird.

53) l. 1. §. 9. 10. de stip. praet. 46. 5.: Quod si sit aliqua controversia, ut puta si dicatur per calumniam desiderari, ut stipulatio interponatur, ipse praetor debet super ea re summatim cognoscere et cautum iubere aut denegare. Sed et si quid vel addi vel detrahi vel immutari in stipulatione oporteat, praetoriae erit iurisdictionis.

54) l. 4. de iurisd. 2. 1.

55) l. 26. pr. ad munic. 50. 1. Daß die Municipalmagistrate in Gallia cisalpina infolge der Lex Rubria

Titels giebt aber an, daß und weshalb durch Delegation auch den Municipalmagistraten die c. d. infecti überwiesen worden ist:

> Cum res damni infecti celeritatem desiderat et periculosa dilatio praetori videtur, si ex hac causa iurisdictionem sibi reservaret, magistratibus municipalibus delegandum hoc recte putavit[56]).

Doch ist diese Delegation eine beschränkte: nur die Erörterung und Entscheidung über den Cautionsantrag und die missio ex primo decreto wurde ihnen übertragen, nicht auch die missio ex secundo decreto, die actio in factum, item[57]) ut ex causa decedatur de

eine Ausnahmestellung hatten und wenn auch nicht zur missio in possessionem, so doch zum cavere iubere damni infecti nomine berechtigt waren, haben wir früher gesehen.

56) Die Behauptung Mancher, daß der Prätor nicht generell, sondern nur für den einzelnen Fall, wo Eile Noth that, delegirt habe, ist irrig. Man versteht dabei das Cum als Wenn und liest (allerdings mit F) putabit statt putavit. Vgl. dagegen Huschke Gajus S. 216. Anm. 31. Hesse Rechtsverh. I. S. 117. Anm. 1.

57) Das item ut ex causa decedatur de possessione bezieht sich wohl auf die Aufhebung der missio ex secundo decreto im Wege der in integrum restitutio. l. 15. §. 22. l. 19. pr. l. 15. §. 33. h. t. So Bachofen S. 383. Anm. 7. Es kann aber auch auf das Interdict bezogen werden, durch welches dem missus ex primo decreto, wenn nachträglich die Cautionsleistung noch erfolgt, das discedere possessione befohlen wird. l. 11. ut leg. serv. c. cav. 36. 3.

possessione[58]). Hat der gehörig angegangene (pro tribunali petere) Municipalmagistrat sich eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen und das ihm Obliegende nicht gehörig besorgt, so giebt der Prätor dem Geschädigten gegen ihn eine auf die beiderseitigen Erben übergehende actio perpetua auf das volle Interesse, außer wenn das Municipium so nahe an Rom lag, daß der Cautionssucher magistratu se non interponente sich an den Prätor selbst wenden konnte[59]).

Der beim Magistrat gestellte Antrag auf Leistung der Caution hat den Character einer Klage insofern als er zur Einleitung der extraordinaria cognitio dient. Daher wird das gerichtliche Fordern der Caution als agere bezeichnet[60]) und von actio damni infecti gesprochen[61]), wie ja überhaupt die prätorischen Stipulationen, durch welche wie durch die im Edict aufgestellten Formeln eine Klage verschafft wird, actionis instar habent und zu den actiones im weitern Sinn gezählt werden[62]).

58) Vgl. l. 4. §. 3. 4. h. t. — Durch besonderes Mandat kann den Municipalmagistraten auch die Befugniß zur missio ex secundo decreto eingeräumt werden: l. 4. §. 1. de off. eius cui mand. est iurisd. l. 21.

59) l. 4. §. 7—10. h. t.

60) l. 7. pr. h. t.: — eumve, cuius nomine aget, l. 11. §. 3. de a. pl. a. 39. 3.: — ut in actione damni infecti fiat, cum eius praedii, ex quo damnum metuatur, plures domini sint et cum uno eorum agatur.

61) l. 33. h. t. l. 3. §. 2. l. 11. §. 3. de a. pluv. a. 39. 3.

62) l. 37. pr. de O. et A. 44. 7. l. 10. §. 3. de comp.

Zu der der Entscheidung des Magistrats vorausgehenden Verhandlung ist die Anwesenheit dessen, von dem die Caution gefordert wird, nöthig[63]). Leistet dieser der Privataufforderung, vor dem Magistrat behufs Verhandlung der Sache zu erscheinen, nicht Folge[64]), so stellt der Imploranf, statt der hier unzulässigen in ius vocatio[65]), den Antrag auf Vorfordern des Gegners und der Magistrat erläßt an diesen die Ladung. Diese evocatio, die in andern Fällen auch durch literae und durch edictum erfolgt, geschieht hier in der Form der denuntiatio ex auctoritate, d. h. die Anzeige des prätorischen Befehls wird dem Imploranten überlassen, der sie an den Gegner oder dessen Stellvertreter oder auch dessen Miether zu richten oder, wenn dies nicht möglich ist, ad ipsum praedium (durch libellum ad aedes proponere) zu denuntiiren hat[66]).

16. 3. l. 20. rat. rem hab. 46. 8. l. 1. §. 2. 4. de stip. praet. 46. 5.

63) Nicht zutreffend ist es für die c. d. infecti, wenn Bethmann-Hollweg Der röm. Civilproc. II. S. 734. Anm. 35. die Gegenwart des Beklagten deßhalb für erforderlich erklärt, weil die Stipulation nur von dem in iure gegenwärtigen Widersacher bestellt werden könne. Denn da der Prätor eine Frist festsetzt, innerhalb welcher die Caution geleistet werden muß (l. 4. §. 1. h. t.), so ist die Leistung derselben in iure nicht wesentlich.

64) Für die Privataufforderung: l. 4. §. 5. h. t. Bethmann-Hollweg a. a. O. Anm. 34. Vgl. auch fragm. Vatic. §. 167.: — petendum ut denuntietur ex auctoritate, cum denuntiaveris et non venerit.

65) Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. Anm. 35.

66) l. 4. §. 5. 6. h. t. fragm. Vatic. §. 167. Vgl.

Gehen wir zunächst von dem Fall aus, wenn der Beklagte, sei es auf die Privataufforderung, sei es auf die denuntiatio ex auctoritate, vor dem Magistrat erschienen ist. Ueber die alsdann stattfindende Verhandlung geben die Quellen wenig Aufschluß. Das prätorische Edict in l. 7. pr. h. t. sagt nur, daß der Prätor dem Cautionsgesuch desjenigen entsprechen werde, qui iuraverit non calumniae causa id se postulare eumve cuius nomine aget postulaturum fuisse[67]), und Ulpian führt dies in l. 13. §. 3. eod. etwas näher dahin aus:

> Qui damni infecti caveri sibi postulat, prius de calumnia iurare debet: quisquis igitur iuraverit de calumnia, admittitur ad stipulationem, et non inquiretur, utrum intersit eius an non, vicinas aedes habeat an non habeat. totum tamen hoc iurisdictioni praetoriae subiciendum, cui cavendum sit, cui non.

Das ist Alles, was wir erfahren. Es ist aber genug, um wenigstens die auch allseitig verworfene Ansicht von Hesse[68]) — daß vor der Entscheidung über die Cautionsleistung eine summarische Erörterung darüber, ob der Kläger sie zu fordern befugt sei, eintrete und die Ableistung des Calumnieneids nur auf die Frage

Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 773. 774. — Nach der Lex Rubria cap. 20. v. 20. erfolgte die Ladung durch den Gerichtsdiener: — eum qui in ius eductus erit —.

67) Lex Rubria cap. 20. v. 8. squ.: — idque non calumniae causa se facere iuraverit —.

68) Rechtsverh. I. S. 117 ff.

ſich beziehe, ob Grund vorhanden ſei, einen nach den Grundſätzen der Caution einer Erſatzleiſtung unterfallenden Schaden zu befürchten — als unbegründet erſcheinen zu laſſen[69]). Es iſt mit dem Character dieſes Inſtituts als einer res quae celeritatem desiderat und wobei periculosa dilatio praetori videtur unvereinbar, daß der Implorat durch ſein Leugnen der gegneriſchen Berechtigung eine Unterſuchung und dadurch eine Verzögerung der prätoriſchen Entſcheidung ſollte veranlaſſen können. Das quisquis iuraverit de calumnia, admittitur ad stipulationem et non inquiretur, utrum intersit eius an non, vicinas aedes habeat an non habeat, nur auf eine der verſchiedenen vom Imploranten zur Begründung ſeines Antrags anzuführenden Thatſachen zu beziehen, dafür fehlt es an jedem Grund. In l. 1. §. 9. de stip. praet. 46. 5. heißt es in Bezug auf die stipulationes praetoriae im Allgemeinen: Quod si sit aliqua controversia, ut puta si dicatur per calumniam desiderari, ut stipulatio interponatur, ipse praetor debet super ea re summatim cognoscere et cautum iubere aut denegare; der Einwand des Beklagten, daß der Gegner zur Forderung der Caution nicht berechtigt ſei und calumniae causa desiderat, veranlaßt ein summatim cognoscere über dieſe Frage. Derſelbe Einwand bewirkt bei dem beſondere Beſchleunigung erheiſchenden Geſuch um c. d. infecti, daß ſtatt des summatim cognoscere das iuramentum calumniae geleiſtet werden muß: eine Unterſuchung, utrum intersit eius an non, ſoll eben hier nicht ſtattfinden. Damit ſteht keineswegs in Widerſpruch, daß totum hoc iurisdictioni

69) Vgl. auch oben Ziff. 20. bei Anm. 34.

praetoriae subiciendum, cui cavendum sit, cui non. Denn es versteht sich von selbst, daß wenigstens nach dem thatsächlichen Anführen des Imploranten die Voraussetzungen der c. d. infecti vorhanden sein müssen. Beruft er sich also auf ein Verhältniß, welches ihn zur Forderung der Caution gar nicht berechtigt, wie z. B. daß er sich zeitweise auf dem Grundstück des Beklagten aufhalte (l. 13. §. 4.), daß er vom Beklagten das baufällige Haus gemiethet habe (l. 13. §. 6.), daß ihm Schaden drohe von einem Monument, dessen Errichtung in der Nähe seines Gebäudes er geduldet hat (l. 13. §. 7.), daß er und Beklagter Miteigenthümer des baufälligen Gebäudes seien (l. 32.), so versteht sich die Zurückweisung seines Gesuchs von selbst. Es muß eben die Sache so liegen, daß, die Wahrheit der klägerischen Behauptungen vorausgesetzt, der Anspruch auf Cautionsleistung als begründet erscheint; nur darüber, ob diese Behauptungen wahr sind, findet eine Erörterung nicht statt, gegen etwaige Chicane schützt der Calumnieneid. Natürlich ist es sehr wohl denkbar, daß der Prätor trotz gehöriger Substantiirung Gesuche, bei welchen die spätere Erfolglosigkeit durch den sofort feststehenden Mangel der Legitimation alsbald außer Zweifel war, sofort zurückwies. Es ist mithin trotz des ‚quisquis iuraverit de calumnia, admittitur ad stipulationem' immer noch Raum genug für das ‚totum tamen hoc iurisdictioni praetoriae subiciendum, cui cavendum sit, cui non'.

Hinsichtlich des iuramentum calumniae gelten im Wesentlichen die gewöhnlichen Grundsätze. In l. 13. §. 12—14. h. t. werden noch folgende Bestimmungen angegeben. Hat der Cautionssucher den Eid geleistet,

aber dann sich nicht caviren lassen, so muß er, wenn er später den Abschluß der Stipulation verlangt, von Neuem schwören, quia possit fieri, ut aut tunc aut modo calumnietur (§. 12). Fordert ein Stellvertreter des Bedrohten die Caution, so muß er im Namen des dominus den Gefährdeeid dahin leisten, non calumniae causa id eum, cuius nomine cautum postulat, fuisse postulaturum (§. 13.), und nur dann fällt dieser Eid des Stellvertreters weg, wenn der dominus zu den Personen gehört, die von der Leistung des Calumnieneids befreit sind, wie patronus vel parens (§. 14.)[70]; überdies muß der Stellvertreter de rato caviren[71].

Ist der Antrag des Imploranten vom Prätor als begründet befunden und das iuramentum calumniae, wo es erforderlich ist, geleistet bezüglich vom Stellvertreter de rato cavirt, so wird das Cautionsdecret ertheilt und zugleich eine Frist für die Leistung der Caution gesetzt, in dem Sinn, daß nach fruchtlosem Ablauf derselben die Folgen verweigerter Caution eintreten[72].

70) Vgl. l. 34. §. 4. de iureiur. 12. 2. l. 7. §. 5. qui satisd. cog. 2. 8.

71) l. 39. §. 3. h. t. l. 20. rat. rem hab. 46. 8. l. 40. §. 1. de proc. 3. 3. Wird dem Stellvertreter die Caution geleistet, so wird sie dahin gefaßt: quod damnum domino datum sit. Wenn die vom Beklagten behauptete Unzulässigkeit der Stellvertretung nicht schon in iure liquid zu stellen war, so wird die exceptio procuratoria (extra quam si mihi procuratoria nomine agere non liceat) der Stipulation inserirt. Cavirt hingegen der Beklagte dem Stellvertreter nicht, so wird dieser in possessionem mittirt, ohne daß ihm die exceptio procuratoria entgegensteht.

72) l. 4. §. 1. h. t.: Si intra diem a praetore consti-

Die Formeln für die infolge des Cautionsbefehls zu leistende Stipulation hatte der Prätor wie die aller stipulationes praetoriae und wie die der actiones in seinem Edict proponirt[73]). Sie waren natürlich nach Verschiedenheit des Falles verschieden und konnten im

tuendum non caveatur, in possessionem eius rei mittendus est. Nicht zu verwechseln mit dieser Frist ist die für die Dauer der Wirksamkeit der Stipulation gesetzte (l. 13. §. 15. h. t.). — Für den Fall einer Caution de vitio operis kommt jene Frist nicht vor: hier wird der Cautionsbefehl in der Weise ertheilt, daß das facere verboten wird, bis die Cautionsleistung erfolgt. Bei der Caution wegen vitium aedium hingegen wird die Frist immer gesetzt, auch dann, wenn der Eigenthümer erklärt, die Caution nicht leisten zu wollen: er kann z. B. diese Erklärung deßhalb abgeben, weil der vitiöse Zustand ein solcher ist, den zu beseitigen dem Usufructuar obliegt, so daß der Usufructuar dem Eigenthümer gegenüber verpflichtet ist die Last der Cautionsleistung zu tragen; der Eigenthümer kann dann innerhalb der Frist den Usufructuar bewegen, statt seiner die ihm anbefohlene Caution zu leisten. Nur wenn der Eigenthümer geradezu eine Derelictionserklärung abgiebt, wird keine Frist für die Cautionsleistung gesetzt werden: dann kann aber auch der Kläger sofort das Grundstück occupiren, ohne daß es einer missio in possessionem bedarf.

73) Lex Rubria cap. 20. v. 8. 11.: ex formula restipulari, repromittere, v. 24. squ. 35. squ.: eam stipulationem quam is qui Romae inter peregrinos ius dicet in albo propositam habet. Gai. IV. 31.: stipulatione quae in edicto proposita est obligat adversarium. Vgl. auch l. 18. rat. rem hab. 46. 8. l. 43. pr. h. t. l. 24. §. 9. eod.

einzelnen Fall nach Bedürfniß modificirt werden[74]). Die große Mannigfaltigkeit dieser Formulare verbietet es, näher darauf einzugehen[75]), es muß genügen, die wesentlichen Bestandtheile derselben hervorzuheben.

Was den Gegenstand des Versprechens betrifft, so ist dasselbe überall auf den Ersatz des künftig eintretenden Schadens gerichtet: quod damnum mihi datum erit, quanti ea res est, tantam pecuniam mihi dare spondesne?[76]) und zwar desjenigen Schadens, der durch das den Grund der Cautionsforderung bildende vom Stipulanten befürchtete Ereigniß herbeigeführt wird[77]): quod aedium (arborum) locive damnum datum erit etc. oder si quid eius operis vitio, quod fit in fundo meo aquae ducendae causa damnum datum sit oder si quid ob eam rem, quod ibi ostium auferetur oder thesaurus effodiretur, tolleretur etc.[78]). Daneben können man-

74) Si quid vel addi vel detrahi vel immutari in stipulatione oporteat, praetoriae erit iurisdictionis. l. 1. §. 10. de stip. praet. 46. 5.

75) Vgl. eine Auslese bei Rudorff Rechtsgesch. II. §. 56. Anm. 12. Siehe auch die beiden Hauptformulare (de operis und de aedium vitio) bei Demselben Edict. perpet. §. 309.

76) Vgl. l. 18. §. 10. l. 28. h. t. Die stipulatio damni infecti gehört also zu denen, quae incertam quantitatem continent. l. 2. de stip. praet. 46. 5.

77) l. 24. §. 2. 12. h. t.: — ut ne quid aedium loci operisve vitio damnum factum sit, stipulatio interponitur. — Stipulatio continet, quod vitio aedium loci operis damnum fit. — l. 24. §. 9. eod.

78) Nach Leistung der Caution wegen vitium aedium wird der Cavent, um den Verfall der Stipulation zu verhüten, das baufällige Haus repariren. Nun kann bei Gelegenheit dieser Reparatur durch Einreißen, Gra-

cherlei Beschränkungen in Form einer exceptio Aufnahme finden z. B. die exceptio procuratoria (l. 39. §. 3. h. t.) und die exceptio, si dominus non sit im Fall des satisdare sub exceptione (l. 22. §. 1. h. t.). Stets wird wie bei allen prätorischen Stipulationen die clausula doli inserirt[79]). — Außer diesem Versprechen des Ersatzes des künftig eintretenden Schadens enthält die Stipulation auch eine Frist, wodurch ihre Wirksamkeit zeitlich beschränkt wird; innerhalb dieser Frist muß der Schaden eingetreten sein, damit der Stipulant deßhalb einen Ersatzanspruch habe[80]):

Huic stipulationi debet dies esse insertus, intra quem si quid damni contigerit, cautio locum habet: neque enim in infinitum obligatus esse debet stipulatione[81]).

ben, Bauen, also nicht eigentlich vitio aedium, sondern vitio operis ein Schaden zugefügt werden. Auch hierfür muß Vorsorge getroffen werden, und darauf bezieht sich die Fassung der Stipulation in l. 18. rat. rem hab. 46. 8.: si quid ibi ruet, scindetur, fodietur, aedificabitur. (Die Aenderung sibi ruet, die Schmidt Ztschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. VIII. S. 21. Anm. 4., Jahrb. des gem. Rechts IV. S. 215. Anm. 8. hier wie in l. 43. pr. h. t. für erforderlich hält, ist unnöthig und gekünstelt.)

79) Vgl. Bethmann-Hollweg Civilproc. II. S. 733. Anm. 27.

80) Doch genügt es, wenn nur die Veranlassung des Schadens in diese Frist fällt.

81) l. 13. §. 15. h. t. l. 18. in f. rat. rem hab. — Diese Frist wird unzweifelhaft auch in Fällen der Caution wegen vitium operis der Stipulation inserirt

Die Länge der Frist ist in einem Fall gleich im Voraus ein für alle Mal durch das Edict festgesetzt, wegen eines opus in flumine publico muß die Caution auf 10 Jahre hinaus geleistet werden:

De eo opere, quod in flumine publico ripave eius fiet, in annos decem satisdari iubebo[82]).

In allen andern Fällen wird die Frist vom Prätor nach vorgängiger causae cognitio, bei welcher Ur-

z. B. wenn wegen tam alte fodire oder wegen des mit heftigen Bodenerschütterungen verbundenen Betriebs eines Gewerbes die Caution gefordert wird. Hier liegt wie beim vitium aedium der Eintritt der Gefahr in der Zukunft: es kann kürzere oder längere Zeit vergehen, ehe es sich entscheidet, ob die Handlung bezüglich der durch die Handlung geschaffene Zustand einen Nachtheil für den Stipulanten herbeiführt. Das läßt sich aber nicht in allen Fällen der Caution wegen vitium operis sagen, nämlich da nicht, wo es sich um ein facere auf dem Grundstück des Cautionssuchers handelt und das facere nur in einer vorübergehenden und nicht zu einem bleibenden Resultat führenden Thätigkeit besteht z. B. bei der Caution desjenigen, der die vi fluminis importata von meinem Grundstück wegholen oder der in Ausübung seines ius tollendi das am Miethhaus angebrachte ostium wegnehmen will. Hier wird von der einmaligen Handlung der Schaden befürchtet und die Frage, ob ein Schaden zugefügt sei, entscheidet sich sofort nach Vornahme der Handlung, daher würde in solchen Fällen die Zufügung einer Frist für die Wirksamkeit der Stipulation keinen Sinn haben.

82) l. 7. pr. h. t. l. 15. §. 2. eod. l. un. pr. de ripa mun. 43. 15.

sache und Art des drohenden Schadens, Größe der Anlage, Entfernung der betreffenden Grundstücke von einander in Betracht gezogen werden, länger oder kürzer bestimmt:

Ipse igitur praetor diem dabit stipulationi, aestimatione habita ex causa et ex qualitate eius damni, quod contingere speratur. In causae cognitione etiam longinquitas soli et operis magnitudo spectanda est[83]).

Natürlich können die Parteien infolge Uebereinkunft wie die Länge der Frist selbst normiren so auch die Frist ganz weglassen in dem Sinn, daß der Cavent ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des Eintritts des Schadens haften will. Beruht aber das Nichtbeifügen einer Zeitbestimmung auf einem Versehen, so haftet zwar der Promittent nach den Worten der Stipulation in perpetuum, aber er soll finito die, in quem alioquin caveri solet, beim Prätor auf Befreiung von seiner Verbindlichkeit antragen können[84]). Doch setzt letzteres voraus, daß nicht die Gefahr noch fortdauert. Denn wenn dies der Fall ist, so kann auch da, wo vom Prätor eine Frist festgesetzt war, Verlängerung bezüglich Erneuerung der Frist verlangt werden.

l. 15. pr. h. t.: Si finita sit dies statuta in cau-

83) l. 13. §. ult. in f. l. 14. h. t. l. 7. pr. l. 15. §. 7. eod. Donell XV. c. 47. §. 11. Verkehrterweise faßt die Glosse zu l. 14. cit. die longinquitas soli als antiquitas soli maxima auf, so daß infolge des hohen Alters des Gebäudes Einsturz binnen kurzer Frist zu erwarten sei.

84) l. 15. §. 1. h. t.

tione, iterum arbitratu praetoris ex integro erit cavendum. (Vgl. l. 4. de stip. praet. 46. 5.)

l. 4. pr. eod.: Dies cautioni praestitutus si finietur, praetoris vel praesidis officium erit ex causa vel renovare[85]) vel protelare eum et, si hoc localem exigit inquisitionem, ad magistratus municipales hoc remittere. —

Einer besondern Betrachtung bedarf noch die Fassung der Stipulation hinsichtlich der in derselben genannten Personen. Ulpian sagt in l. 24. §. 1. h. t.:

Adicitur in hac stipulatione et heredum nomen vel successorum eorumque, ad quos ea res pertinet. Successores autem non solum qui in universa bona succedunt, sed et hi, qui in rei tantum dominium successerint, his verbis continentur.

Ueber die Bedeutung dieser Zufügung, insbesondere der Singularsuccessoren ist großer Streit. Die älteren Schriftsteller[86]) nehmen ohne Weiteres an, das Versprechen laute dahin, daß der Promittent sich und seine Erben und seine Singularsuccessoren verpflichte, dem Stipulanten und dessen Erben und Singularsuccessoren Schadenersatz zu leisten, so daß also der Singularsuccessor des Stipulanten die actio ex stipulatu gegen den Singularsuccessor des Caventen anstellen könne. Daß dies auf der passiven Seite etwas Singuläres sei, räumt Voet

85) So oder iterum dare, wie Mommsen vorschlägt, muß statt des sinnlosen reum notare gelesen werden.

86) Glosse ad h. l. Bartolus ad h. l. Voet Comm. T. D. 39. §. 2. §. 9.

ein[87]), sucht es aber, obgleich etwas schüchtern, daraus zu erklären, daß der wegen seiner schadhaften Sache cavirende Eigenthümer gewissermaßen die Sache selbst mit der Obligation belaste und daß die so belastete Sache, ähnlich wie kraft Rechtssatzes das caput noxium mit diesem onus auf jeden Erwerber übergehe. Sogar bei Neueren findet sich diese Ansicht, obschon ohne Motivirung. Das von Schmidt[88]) construirte Cautionsformular lautet: si quid aedium vitio acciderit, quo aedibus meis damnum fiat, tum a te vel a successoribus tuis iisque, ad quos ea res pertinebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari spondes — er nimmt also wenigstens auf der passiven Seite eine Nennung der Singularsuccessoren in dem Sinn an, daß der Promittent eine Leistung derselben verspricht. Rudorff hingegen läßt nach dem in seinem Edictum perpetuum §. 309. aufgestellten Formular sowohl den Stipulanten zu Gunsten seiner Successoren stipuliren wie den Caventen die Ersatzleistung von Seiten seiner Successoren versprechen: quod — damnum datum erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam mihi heredique meo eive ad quem ea res pertinet, te heredemque tuum eumve ad quem ea res pertinet, daturum spondes[89]). — Mit

87) Auf der activen Seite setzt er Cession von Seiten des Stipulanten voraus, wonach freilich die Nennung des Singularsuccessors als überflüssig erscheint.

88) Ztschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. VIII. S. 22.

89) Uebrigens hat Rudorff in seiner Auffassung mehrfach geschwankt. In seiner Rechtsgeschichte II. §. 56. Anm. 12. lautet das Formular: Si quid — mihi heredi successori meo sive ad quem ea res pertinet, damnum datum sit, quanti ea res erit, tantam

vollem Recht hat bereits Donellus diese Ansicht als unhaltbar zurückgewiesen[90]). Das Versprechen zu Gunsten eines Dritten wie das, wodurch die Leistung eines Dritten versprochen wird, ist nach der zweifellosen Regel des römischen Rechts ungiltig: weder der Promissar noch der Dritte wird berechtigt, weder der Promittent noch der Dritte wird verpflichtet. Donell selbst will den Zusatz nur auf die Successoren des Promittenten beziehen und zwar, wie es scheint[91]), nur im Fall einer Caution wegen vitium operis: intelligendum est de singularibus successoribus promittentis, de quorum facto caveat et quo nomine se heredemve suum obliget, ut sit haec conceptio stipulationis: si quid damni contigerit vitio aedium loci operisve, quod

pecuniam dari spondes. Hier fehlt die Nennung der Successoren des Promittenten und auf der activen Seite läßt der Stipulant nicht sich und seinen Successoren versprechen, sondern er läßt sich den Ersatz des Schadens versprechen, der ihm und seinen Successoren zugefügt werden würde. — Wieder anders construirt er das Formular in Bekker und Muther Jahrb. IV. S. 143. 144.: quod mihi heredi successori eive ad quem ea res pertinet, damnum fiat, qu. e. r. e., tantam pecuniam a te heredeque tuo eove ad quem ea res pertinet — dari spondesne.

90) Comm. XV. c. 47. §. 10. Hoc neque de singularibus successoribus stipulatoris, quibus iste stipuletur dari, neque de singularibus successoribus promissoris, quos ille promittat daturos, intelligi ullo modo potest, repugnantibus manifestis regulis iuris.

91) Dafür spricht nicht blos das de quorum facto caveat und das quod a te factum erit, sondern auch die Berufung auf l 24. §. 6. h. t.

a te aut heredibus tuis aliisve successoribus quibuscunque factum erit, damnum praestare spondesne. Gegen diese Beschränkung auf die Singularsuccessoren des Promittenten, die sich auch bei Andern findet[92]), und auf den Fall einer Caution wegen vitium operis spricht jedoch die allgemeine Fassung der l. 24. §. 1. cit. Wenn nur der Name der Erben und sonstigen Successoren einer der beiden Parteien zugefügt und der ganze Zusatz in dem Hauptfall der c. d. infecti nicht einmal aufgenommen würde, so hätte sich Ulpian nicht in der Weise ausdrücken können, wie er es thut. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß forderungsberechtigt, abgesehen vom Fall einer Cession, nur der Stipulant und sein Erbe, leistungspflichtig nur der Promittent und sein Erbe ist und daß hieran kein Zusatz in der Stipulation etwas ändern kann. Wenn nun doch eine Zufügung der Successoren in der Formel stattfindet, so kann diese nur den Sinn haben, daß dem Stipulanten und dessen Erben gegen den Promittenten und dessen Erben ein Ersatzanspruch auch dann zustehen soll, wenn der Schaden nach einer vom Stipulanten oder vom Promittenten vorgenommenen Veräußerung eintritt. Die Fassung der Stipulation ist also etwa die: quod vitio aedium tuarum, qu. d. a., vel heredis eiusve ad quem ea res pertinebit, damnum mihi vel heredi eive ad quem ea res pertinebit datum erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam daturum spondes? Nur muß selbstverständlich, damit der Stipulant auch

92) So bei Schmidt a. a. O. Hesse Rechtsverh. I. S. 150. Aebli S. 34. — Umgekehrt will Bachofen S. 117. Anm. 5. die l. 24. §. 1. nur auf die Successoren des Stipulanten beziehen.

nach Veräußerung seines Grundstücks die actio ex stipulatu anstellen kann, in seiner Person noch ein Interesse vorhanden sein, wie z. B. wenn er verkauft und der Käufer noch nicht selbst stipulirt hat: wäre letzteres der Fall, so würde der Verkäufer wegen Mangels jedes Interesses die auf das Interesse gerichtete Klage nicht erheben können[93]). Der Zusatz giebt also nicht den Successoren und gegen die Successoren die actio ex stipulatu, sondern zeigt nur an, daß, auch wenn das bedrohte oder das schadendrohende Grundstück in andere Hände gekommen ist, die Stipulation bei Eintritt des Schadens verfällt. Allerdings bedarf es zur Erzielung dieser Wirkung eines solchen Zusatzes nicht: das Recht die Caution zu fordern und die Pflicht sie zu leisten ist zwar bedingt durch das Eigenthum an dem bedrohten und an dem schadendrohenden Grundstück, wenn aber durch Leistung der Caution einmal eine Obligation zwischen Stipulanten und Promittenten zur Entstehung gekommen ist, so überdauert diese Obligation den Fortfall des Verhältnisses, welches jenes Recht und jene Pflicht begründete, die Fortdauer der Stipulationswirkung hängt

93) L. 18. §. 10. h. t.: Sed si venditor interposuerit stipulationem, etiam id damnum continebit, quod post traditionem emptori contigerit. quod esse iniquissimum Aristo ait, quoniam, si emptor quoque damni infecti stipulatus esset, duobus promissor eiusdem nomine obligaretur: nisi forte id contra se habeat, quia in hoc fit stipulatio, quanti ea res erit: ut possit videri nihil interesse iam venditoris. — Aus dem gleichen Grunde kann der das usufructuarische Grundstück veräußernde Eigenthümer nicht aus der cautio usufructuaria auf restituere klagen. l. 3. §. 4. usufr. quemadm. cav. 7. 9.

lediglich von der eingehaltenen Zeitbestimmung ab[94]). Der Zusatz ist also in Wahrheit überflüssig. Das ist aber nicht so anomal, daß man, um nur eine besondere Wirkung desselben aufzufinden, sich zur Aufstellung von Sätzen bewegen lassen müßte, die mit allgemein anerkannten Rechtsprincipien in Widerspruch stehen. Daß jedenfalls die Nennung der Erben keine besondere Wirkung hervorbringt, wird nicht bestritten werden: die Erben des Stipulanten sind berechtigt, die des Promittenten verpflichtet, so gut wie ihr Erblasser, auch wenn ohne ihre Nennung die Stipulation geschlossen ist, mag der Schaden bei Lebzeiten des Erblassers eingetreten sein oder nicht: warum soll der Nennung der Singularsuccessoren eine größere Bedeutung zukommen, da doch Ulpian einen Unterschied zwischen den Erben und Singularsuccessoren nicht hervorhebt? — In höchst eigenthümlicher Weise sucht Hesse[95]), von dem Gedanken ausgehend, daß mit dem adicitur nomen heredum etc. nicht etwas auch ohne dies sich von selbst verstehendes gemeint sein könne, die Bedeutung dieses Zusatzes zu erklären. Daß der Stipulant, auch wenn nach Veräußerung sei-

94) L. 18. §. 10. h. t. (s. die vorige Anm.) l. 17. §. 4. eod.: Judex, qui de damno infecto cognoscit, etiam alienato praedio ab eo, cum quo actum fuerit, damnum aestimare solet omne, quodcunque ante iudicium contigit.

95) Rechtsverh. I. S. 150. 151. Ihm folgt Aebli S. 34. — In seiner C. d. inf. (S. 102.) war Hesse anderer Ansicht: hier bezog er den Zusatz lediglich auf die Singularsuccessoren des Stipulanten und construirte die Formel so: quod ex aedibus tuis mihi vel ei ad quem ea res pertinebit intra triennium datum erit, damnum mihi praestare spondes.

nes Grundstücks der Schaden eintrete, die actio ex stipulatu anstellen könne, falls er nur noch ein Interesse habe, verstehe sich von selbst, ebenso, daß der Promittent ohne Rücksicht auf die Veräußerung seines Grundstücks hafte, falls der Schaden vor der Veräußerung eingetreten sei. Für diese Fälle habe es also des Zusatzes nicht bedurft. Anders sei es hingegen dann, wenn erst nach der Veräußerung des Grundstücks des Promittenten der Schaden eintrete. Hier werde die geleistete Caution unwirksam und der Bedrohte habe sich von dem Erwerber von Neuem Caution leisten lassen müssen: das sei für den Bedrohten belästigend und gefährlich gewesen und der Zweck und Sinn unseres Zusatzes sei eben der, daß der Promittent sich verpflichte, den innerhalb des beigefügten Termins eintretenden Schaden auch dann zu ersetzen, wenn ein Anderer im Besitz seines Grundstücks sein sollte. Einen Grund für die Behauptung, daß der obligatorisch verpflichtete Cavent durch Veräußerung seines Grundstücks vor Eintritt des Schadens frei und die geleistete Caution unwirksam werde, giebt Hesse nicht an[96]). Daß ein solcher Grund nicht existirt und die

96) Man möchte an eine Verwechselung zwischen der Verpflichtung Caution zu leisten und der Verpflichtung aus der geleisteten Caution — wie sie in seiner C. d. inf. S. 102. Anm. 30. vorliegt: „hört der Besitz auf, so endigt auch die Verbindlichkeit zu und aus der Cautionsleistung" — glauben, wenn er nicht wieder im Fall der Veräußerung nach Eintritt des Schadens den Promittenten für verhaftet erklärte. Nach dem, was er S. 151. i. Anf. anführt, scheint es, als ob er zwischen der Haftung aus der Obligation und der Haftung aus der Klage aus dieser Obligation einen Unterschied macht. — Die Berufung auf l. 16.

ganze Prämisse falsch ist, weil die einmal begründete persönliche Verhaftung des Promittenten von dem fernern Besitz des schadendrohenden Grundstücks ganz unabhängig ist und nicht einseitig von ihm, so wenig wie durch Dereliction, durch Uebertragung des Grundstücks auf einen Andern aufgehoben werden kann, bedarf keiner weitern Ausführung[97]). Zudem bezieht sich diese ganze Deduction eben nur auf den Fall der Singularsuccessoren, das adicitur nomen heredum wirkt selbst bei Hesse's Annahme nichts besonderes.

35. Wir sind bei der Betrachtung des Verfahrens, welches auf die gerichtliche Forderung der c. d. infecti folgt, davon ausgegangen, daß der Cautionspflichtige infolge der Privataufforderung des Gegners oder infolge der denuntiatio ex auctoritate vor dem Magistrat erschienen ist. Es erübrigt noch die Erörterung des Falls, wenn der Cautionspflichtige *indefensus*, d. h. *in iure* nicht anwesend ist[98]). Diese Abwesen-

und l. 17. §. 4. h. t. kann natürlich nichts beweisen. Die erstere Stelle spricht von einem Fall, wo nicht cavirt ist, die letztere sagt nicht, daß der Cavent nur dann hafte, wenn er nach Eintritt des Schadens veräußert.

97) Vgl. auch Bachofen S. 117. Anm. 5. a. E.

98) Der andere Fall mangelnder Vertheidigung, wenn der in iure erschienene Beklagte die ihm aufgelegte Cautionsleistung verweigert, ist im Folgenden bei der Lehre von den Wirkungen der Nichtleistung der Caution zu betrachten. Er entspricht dem se sponsione iudicioque uti oportet non defendere (Lex Rubr. cap. 21. 22. l. 52. de R. J.): der Weigerung das zur Constituirung des iudicium erforderliche vorzuneh-

heit kann verschiedene Gründe haben. Hinsichtlich der Folgen derselben gelten im Wesentlichen dieselben Grundsätze, welche beim non defendere gegenüber einer gewöhnlichen Klage zur Anwendung kommen, nur mit den Modificationen, die dadurch herbeigeführt werden, daß die Defensionspflicht hier keine unbedingte ist, sondern der Cautionspflichtige durch Preisgeben der schadendrohenden Sache von seiner Verpflichtung frei wird.

Der Eigenthümer[99]) ist am Gerichtsort anwesend, erscheint aber nicht in iure, obgleich ihm in gehöriger

men steht die Weigerung die stipulatio praetoria einzugehen gleich. In diesem Fall besteht das non defendere in dem Nichtübernehmen der Verpflichtung zum Schadensersatz, in den hier zu betrachtenden Fällen besteht es in dem Nichteintreten in die Verhandlung über diese Verpflichtung.

99) Daß, abgesehen vom Emphyteuta, nur der Eigenthümer in dem Sinn cautionspflichtig ist, daß das non defendere die missio in possessionem zur Folge hat, ist früher ausgeführt worden. Das Belangen des Usufructuars, Superficiars, Pfandgläubigers mit Uebergehung des Eigenthümers genügt im Fall der Anwesenheit des Eigenthümers nicht: ihr non defendere führt nicht die missio herbei; andererseits ist im Fall der Abwesenheit des Eigenthümers das Belangen der Inhaber von iura in re nicht erforderlich: es braucht nur der vergebliche Versuch vom Eigenthümer die Caution zu erlangen gemacht zu sein, sein non defendere genügt, damit es zur missio kommt, die dinglich Berechtigten können sich nur zur Uebernahme der defensio offeriren, und sie müssen es, wenn sie Kunde von dem Cautionsverlangen haben, um die missio abzuwenden und dadurch ihr eigenes Recht zugleich mit dem des Eigenthümers zu erhalten.

Weise ex auctoritate denuntiirt worden ist, und es tritt auch nicht an seiner Stelle ein Vertreter für ihn ein. Ein solcher gilt, wenn es sich um eine gewöhnliche persönliche Klage handelt, pro damnato und es geht gegen ihn die Execution, die missio in bona mit dem Recht der venditio bonorum, wie wenn er dem condemnatorischen Urtheil nicht nachgekommen wäre. Dem entsprechend wird er beim Antrag auf c. d. infecti so behandelt, als ob er dem ausgesprochenen Cautionsbefehl nicht Folge geleistet hätte; es wird die missio in possessionem rei, also zunächst ex primo decreto, gegen ihn verfügt. Zu einem Aussprechen des Cautionsbefehls selbst kommt es hier nicht, sowenig wie dort zur Fällung des condemnatorischen Urtheils: die Erlassung jenes Befehls wie dieses Urtheils setzt einen persönlich gegenwärtigen Widersacher voraus, an den der Befehl gerichtet wird[100]). Dafür spricht auch die Analogie des bei den Noxalklagen Geltenden. Auch hier steht der Eigenthümer vor der Alternative, seine Sache zu vertheidigen oder sein Recht aufzugeben, daher erfolgt wegen Nichtübernahme der defensio keine missio in bona, sondern nur Verlust des Rechts an der Sache; ist nun die Klage erhoben und der Eigenthümer abwesend und unvertreten, so wird er nicht condemnirt die litis aestimatio zu zahlen oder den Sclaven noxae zu geben,

100) Nur vergewisserte sich der Prätor, soweit es ohne förmliche Untersuchung möglich war, daß die Bedingungen der missio wie in der Person des Beklagten (Mangel der defensio trotz gehöriger Denuntiation) so in der des Klägers vorhanden waren, so daß er z. B. nicht auf den Antrag desjenigen, qui in meo deambulat vel in meo lavat, die missio verfügte.

sondern es erfolgt ohne Weitres der Ductionsbefehl[1]). Der Ductionsbefehl bei den Noxalklagen correspondirt aber dem Missionsbefehl bei der c. d. infecti.

Ist der Eigenthümer nicht blos in iure absens, sondern überhaupt am Gerichtsort nicht anwesend und aus diesem Grund nicht in iure, so wird auch hier auf den Cautionsantrag zunächst die denuntiatio ex auctoritate verfügt, die in Ermangelung eines Procurators ad ipsum praedium gerichtet wird[2]). Bleibt diese erfolglos, so daß auch kein Vertreter für den dominus eintritt, so kommt es in gleicher Weise zur missio, ohne daß ein Cautionsbefehl erlassen wird. Hier zeigt es sich deutlich, was früher schon hervorgehoben wurde, daß die missio keineswegs blos den Character einer poena für den Nichtcavirenden, sondern zugleich den einer in Ermangelung der Cautionsleistung eintretenden Sicherstellung des Bedrohten hat: denn von einer poena gegenüber dem Abwesenden kann keine Rede sein. Es genügt für die missio, daß Niemand cavirt, einerlei aus welchem Grund dies geschieht: nicht die Verweigerung der anbefohlenen Cautionsleistung, sondern das Nichtca-

1) l. 2. §. 1. si ex nox. causa 2. 9.: — si servus praesens est, dominus abest nec quisquam servum defendit, ducendus erit iussu praetoris — L. 32. de nox. act. 9. 4.: Is qui in aliena potestate est si noxam commisisse dicatur, si non defendatur, ducitur: et si praesens est dominus, tradere eum et de dolo malo promittere debet. L. 26. §. 6. eod.: Si absente domino ductus sit servus —

2) l. 4. §. 5. h. t.: Praetor ait: ‚dum ei qui aberit prius domum denuntiari iubeam'. abesse autem videtur et qui in iure non est.

viren, der Umstand, daß der Bedrohte nicht durch Caution sichergestellt wird, ist die Voraussetzung für die missio in possessionem. Mit voller Deutlichkeit wird dies für die cautio legatorum servandorum causa ausgesprochen:

l. 1. §. 1. ut in poss. leg. 36. 4.: Non exigit praetor, ut per heredem stet, quominus caveat, sed contentus fuit per legatarium vel fideicommissarium non stare, quo minus ei caveatur. quare *si non fuerit, qui interpelletur cautionis nomine,* hoc est [abest, ins. sec. B., Mommsen] is a quo legatum fideive commissum relictum est, omnimodo poterit legatarius et fideicommissarius in possessionem ex hoc edicto mitti, quia verum est per eum, cui caveri oportebit, non fieri, quo minus caveatur. non tamen et satisdatio debet offerri legatario, sed *sufficit, sive desideravit et non cavetur, sive non habeat, a quo satis desideret.*

Der Fall, wo der Cautionspflichtige nicht in Anspruch genommen werden kann, steht dem Fall, wo der zur Leistung der Caution Verurtheilte dieselbe nicht leistet, gleich: in beiden wird in possessionem mittirt.

Das Gleiche paßt auf einen letzten Fall des non defendere, wenn dasselbe nämlich seinen Grund darin hat, daß entweder ein Eigenthümer zur Zeit nicht existirt, z. B. das schadendrohende Grundstück zu einer hereditas iacens gehört[3]), oder der Eigenthümer handlungsunfähig ist, z. B. das Grundstück im Eigenthum

3) l. 4. §. 6. h. t.

eines Pupillen ohne Tutor steht[4]). Es erfolgt hier wie im Fall der Abwesenheit des Eigenthümers ohne Cautionsdecret die missio in possessionem, und nicht einmal eine vorherige denuntiatio wird hier verlangt, sondern nur als räthlich empfohlen, quia fieri potest, ut ita monitus defensor existat[5]).

Die Rücksicht auf den Bedrohten, der unmöglich deshalb, weil er Niemand finden kann, der seinem Cautionsverlangen Folge leistet, der drohenden Gefahr schutzlos gegenüberstehen darf, fordert ein solches Vorgehen und die für den Abwesenden, den Erben, den Pupillen hierin liegende Gefahr ist weniger groß als es auf den ersten Blick scheint. Denn durch die zunächst eintretende missio ex primo decreto wird dem Eigenthümer die defensio seines Grundstücks nicht definitiv abgeschnitten, er kann sich sein Recht erhalten, wenn er, bevor es zur missio ex secundo decreto kommt, die Forderung des Gegners befriedigt[6]), und mit der Ertheilung des zweiten Decrets selbst soll in solchen Fällen nicht geeilt werden[7]), ja wenn auch das possidere iubere bereits er-

4) l. 15. §. 29. h. t. Vgl. l. 3. §. ult. — l. 5. quib. ex caus. in poss. eatur 42. 4. l. 3. §. 1. de rebus eor. 27. 9.

5) l. 4. §. 6. h. t.

6) l. 15. §. 21. 31. h. t. Ist der Gegner ein Pupill ohne Tutor, so gehört es außerdem zur obervormundschaftlichen Amtspflicht des Prätor, dafür zu sorgen, daß womöglich ein Defensor für denselben eintritt. l. 5. §. 1. quibus ex caus. in poss. 42. 5.

7) l. 15. §. 22. h. t.: Si forte dominus reipublicae causa abest aut ex alia iusta causa aut in ea sit aetate cui subveniri solet, probandum est non debere praetorem festinare ad decernendum, ut iu-

folgt und das Eigenthum auf den Cautionssucher übergegangen ist, so wird doch, in derselben Weise wie nach der ductio servi indefensi bei Noxalklagen, im Wege der in integrum restitutio das Recht zur nachträglichen defensio eingeräumt[8]).

Etwas anders als in dem bisher betrachteten Fall der Caution wegen vitium aedium gestaltet sich die Folge des non defendere, d. h. des Nichterscheinens in iure da, wo wegen eines *facere* die Caution im Wege gerichtlichen Antrags verlangt wird, z. B. wenn ich wegen eines auf dem Nachbargrundstück betriebenen Gewerbes, in welchem Fall operis novi nuntiatio und prohibitio nicht anwendbar ist, Schaden für mein Haus befürchte. Ist hier der Gegner indefensus, so kann es, wie wir früher gesehen haben, nicht zur missio in possessionem rei kommen. Es muß mithin hier die ge-

beat possidere. — Vgl. auch l. 5. §. 20. ut in poss. leg. 36. 4.

8) l. 15. §. 22. fi. h. t.: — sed etsi decreverit, nemo dubitat in integrum restitutionem indulturum. l. 15. §. 33. eod.: Posteaquam autem quis possidere iure dominii a praetore iussus est, nequaquam locus erit cautionis oblationi: — seposito eo, quod quibusdam vel aetate vel qua alia iusta causa subvenitur. l. 15. §. 2. quib. ex caus. mai. 4. 6.: Si damni infecti missus sit in aedes militis, si quidem praesente eo iussit praetor possideri, non restituitur, sin vero absente eo, dicendum subveniri ei debere. l. 19. pr. h. t.: Eorum, qui bona fide absunt, in stipulatione damni infecti ius non corrumpitur, sed reversis cavendi ex bono et aequo potestas datur —. l. 2. §. 1. si ex nox. causa ag. 2. 9. l. 26. §. 6. l. 30. de nox. act. 9. 4.

wöhnliche Folge des non defendere, die missio in bona mit dem Recht der venditio bonorum eintreten[9]).

36. Da im Fall des vitium aedium lediglich der Eigenthümer cautionspflichtig in dem Sinn ist, daß

9) Das non defendere als Verweigerung der anbefohlenen Cautionsleistung hat zur Folge, daß der Beklagte mit seiner Thätigkeit aufhören muß: es wird ein Sistirungsbefehl erlassen. Während also bei der Caution wegen vitium aedium in allen Fällen des non defendere, sowohl wenn der Gegner erscheint und dem Cautionsbefehl nicht nachkommt, als wenn er in iure abwesend ist oder gar nicht belangt werden kann, immer dieselbe Folge (missio in possessionem rei indefensae) eintritt, ist bei Forderung der Caution wegen facere die Wirkung des Ungehorsams gegenüber dem Cautionsbefehl eine andere (Sistirungsbefehl) als in den sonstigen Fällen des non defendere (missio in bona). Die Frage liegt nahe, ob nicht auch hier wie beim vitium aedium das non defendere in den verschiedenen Fällen eine gleichheitliche Wirkung hat und auch beim Nichterscheinen des Beklagten ein Sistirungsbefehl erlassen wird: dies ist jedoch deßhalb unstatthaft, weil der Sistirungsbefehl wie jedes prohibitorische Interdict die persönliche Gegenwart des Widersachers, an den der Befehl gerichtet wird, voraussetzt. — Ist der Cautionspflichtige beim Antrag auf Caution wegen facere in iure gegenwärtig, so wird, wenn die Forderung des Klägers als begründet befunden ist, der Cautionsbefehl, wie wir früher (Ziff. 34. Anm. 72.) gesehen haben, ohne Gestattung einer Frist, innerhalb welcher cavirt werden soll, ertheilt: der Beklagte muß sich sofort in iure entscheiden, ob er caviren will oder nicht, der Cautionsbefehl erfolgt in der Weise, daß dem gegenwärtigen Beklagten die

nur sein vergebliches Belangen die missio zur Folge hat, der Bedrohte also, wenn er im Fall des Nichtcavirens durch die missio gesichert sein will, gerade den Eigenthümer belangen oder doch ihn zu belangen versuchen muß, so entsteht die Frage, wie der Cautionssucher sich dann zu verhalten habe, wenn er die Rechtsverhältnisse an dem schadendrohenden Grundstück nicht kennt, insbesondere nicht weiß, wer der Eigenthümer ist. Ist Niemand im Besitz des baufälligen Gebäudes, so gelten einfach die im Vorhergehenden für den Fall der Abwesenheit des Eigenthümers entwickelten Grundsätze: nach erfolgloser denuntiatio ex auctoritate wird der Bedrohte in possessionem mittirt und die Frage, wem das Grundstück gehört, kommt nicht weiter in Betracht. Ist ein Besitzer vorhanden, so hält der Bedrohte sich an diesen. Von ihm wird er regelmäßig — obgleich nach späterem Recht eine Verpflichtung nicht mehr besteht, auf die Frage des Gegners, ehe die Sache zur gerichtlichen Verhandlung kommt, eine bestimmte Antwort abzugeben, auf welche jener dann eine actio interrogatoria gründen könnte[10]) — schon auf außergerichtliche Anfrage erfahren, ob er selbst Eigenthümer ist oder nicht und wer der Eigenthümer ist und in welchem Verhäitniß er selbst zum Grundstück steht. Ist der Besitzer außergerichtlich zur Cautionsleistung bereit, so ist die Sache erledigt: der Bedrohte muß sich so gut wie von jedem Dritten die Cautionsleistung vom Besitzer, einerlei aus welchem Grund dieser besitzt, ge-

Fortsetzung des facere bis zur Leistung der geforderten Caution untersagt wird.

10) l. 1. §. 1. de interr. in iure 11. 1.

fallen lassen; nur für die Frage, ob mit satisdatio zu caviren ist, kommt das Rechtsverhältniß des Besitzers in Betracht: behauptet er Eigenthum, während der Cautionssucher dies leuguet, so muß satisdatio sub exceptione geleistet werden. Will aber der Besitzer nicht caviren, so wird die verweigerte Erklärung über sein Verhältniß zum Grundstück durch interrogatio in iure erzwungen. Von dieser Erklärung und ihrer Wahrheit oder Unwahrheit hängt das Weitere ab. Es müssen daher verschiedene Fälle unterschieden werden.

Der belangte Besitzer ist Eigenthümer. Gesteht er dies auf interrogatio in iure zu, so erfolgt das gewöhnliche Cautionsdecret, welches nur, wenn der Kläger in diese Erklärung Zweifel setzt, auf satisdatio sub exceptione lautet. Ist er Miteigenthümer und giebt er die richtige Quote an, dann ad eam partem stipulatio accommodatur[11]). — Wie aber, wenn der Belangte fälschlich sein Eigenthum leugnet und nicht cavirt? Von diesem Fall spricht l. 10. de int. in iure 11. 1[12]).

Non alienum est eum, a quo damni infecti stipulari velimus, interrogare in iure, an aedes eius vel locus sit, ex quo damnum timeatur, et

11) l. 20. §. 2. eod.

12) Daß diese Stelle sich auf den Fall bezieht, wo der Beklagte wirklich Eigenthümer ist und fälschlich sein Eigenthum leugnet, kann keinem Zweifel unterliegen. Wäre z. B. der Belangte Miether, so würde die Angabe, daß er nicht Eigenthümer, sondern Miether sei, nicht die Folge haben können, daß er cedere aut si resistendum putaverit quasi dolo versatus tradere compellatur.

pro qua parte, ut, si neget suum praedium esse nec caveat damni infecti, aut cedere aut, [si *ins.*] resistendum putaverit, quasi dolo versatus tradere compellatur.

Dieses cedere und tradere compelli ist keineswegs identisch mit der bei Weigerung der Cautionsleistung verfügten missio in possessionem. Es ist schon an sich nicht wohl denkbar, daß die Strafe für das dolose Leugnen in demselben Nachtheil bestehen sollte, der bei einfacher Verweigerung der Cautionsleistung eintritt. Das Gegentheil wird aber auch durch die Ausdrücke cedere und tradere bewiesen: die missio ex primo decreto giebt ja nur den Mitbesitz und es wird ausdrücklich hervorgehoben, daß der Eigenthümer, bevor es zur missio ex secundo decreto kommt, nicht decedere possessione debet[13]). Die Folge des Leugnens ist also, daß der dominus sofort dem Bedrohten weichen muß, wie wenn er durch sein Verleugnen das Grundstück derelinquirt hätte, und ein nachträgliches poenitere, die spätere Offerte der Caution unter Zugeständniß des Eigenthums, kann jedenfalls im Fall des dolosen Leugnens nicht für zulässig erachtet werden[14]). Damit aber

13) l. 15. §. 20. 23. h. t.

14) l. 11. §. 3. 8.—12. de interr. in iure 11. 1. l. 26. §. 5. de nox. act. 9. 4. Vgl. auch Bachofen S. 404. Anm. 9. Das nachträgliche Caviren ist hier ebensowenig statthaft wie der mit der actio noxalis belangte und sein Eigenthum leugnende Eigenthümer, der sich durch sein Leugnen der condemnatio ohne noxae datio ausgesetzt hat, durch nachträgliches Zugeständniß des Eigenthums und Bereiterklärung zur defensio das Recht der noxae datio wiedererhält.

diese Folge des mendacium des Belangten eintreten kann, muß derselbe der Lüge überführt werden. Zu diesem Behuf kann der Kläger ihm über diesen Legitimationspunkt den Eid deferiren[15]) und das Nichtleisten dieses Eids stellt eben die Unwahrheit der Antwort des Beklagten fest[16]). — Gleiches gilt, wenn der Belangte Miteigenthümer ist und dies auch einräumt, aber eine kleinere Quote angiebt, als ihm in Wahrheit zusteht[17]).

l. 1. §. 15. si quadrup. 9. 1. l. 22. §. 4. de nox. act.

15) l. 21. §. 2. l. 22. §. 4. de nox. act.

16) Wird der Eid geschworen, so geht natürlich gegen den Beklagten kein Anspruch, l. 7. 9. pr. de iureiur. 12. 2. Der Kläger muß sich dann an den wahren Eigenthümer wenden und es tritt, wenn dieser nicht zu finden ist, das Verfahren gegen den indefensus ein. Hierzu muß der Kläger auch dann greifen, wenn er — wozu er nach den in der vorigen Anmerkung citirten Stellen das Recht hat — es zum Eid des Gegners nicht kommen lassen, sondern das Eigenthum des Leugnenden beweisen will: denn er will doch zunächst gegen den drohenden Schaden sichergestellt sein und der Schaden könnte leicht vor Erbringung dieses Beweises eintreten; daneben bleibt ihm noch das Recht jenen Beweis zu führen und dadurch das sofortige cedere zu bewirken.

17) l. 20. §. 2. coll. §. 1. de interr. in iure 11. 1. Wenn es hier in §. 1., der von der interrogatio in iure bei einer dinglichen Klage spricht, heißt: ut si minore ex parte possidere se dicat, in aliam partem, quae non defenderetur, in possessionem actor mittatur, und der §. 2. fortfährt: *idem* et si damni infecti caveamus: nam et hic respondere debet, quota ex parte eius sit praedium, so zeigt — abgesehen von der Analogie der l. 10. eod. — die

Der belangte Besitzer ist nicht Eigenthümer. Erklärt er dies, ohne für den Eigenthümer einzutreten und die Caution zu leisten bereit zu sein, so kann gegen ihn ein Cautionsdecret nicht erwirkt und die missio in possessionem nicht verfügt werden, einerlei ob er infolge dinglichen oder persönlichen Rechts das Grundstück besitzt[18]). Der Cautionssucher muß sich dann an denjenigen wenden, den jener als Eigenthümer bezüglich von dem er zu besitzen angiebt. Uebernimmt dieser die defensio seines Grundstücks nicht, sei es, daß er dem Cautionsbefehl nicht Folge leistet, sei es, daß er abwesend oder nicht zu belangen ist, so wirkt die nunmehr verfügte missio in possessionem auch gegen den zuerst Belangten, der etwa als Usufructuar, Pfandgläubiger, missus ex primo decreto u. s. w. ein Recht auf den Besitz des Grundstücks hat: denn die für den Eintritt dieser Wirkung erforderliche Kunde von dem Cautionsverlangen hat er ja eben durch den zuerst gegen ihn gerichteten Antrag erhalten. — Giebt sich der Nichteigenthümer fälschlich für den Eigenthümer aus, dann muß er sich als solchen behandeln lassen. Es wird also der

Gleichstellung des letzteren Falls mit dem ersteren (idem), daß unter dem mittere in possessionem nicht die der cautio damni infecti eigenthümliche missio in possessionem gemeint sein kann: denn das mittere in possessionem des §. 1. als Folge des Leugnens des Besitzes bei einer dinglichen Klage ist ein vollständiges Verdrängen aus dem Besitz (bezüglich zu der betreffenden Quote), nicht wie bei Nichtleistung der c. d. infecti Detention und Mitbesitz. Anders versteht diese Stelle Hartmann Contumacialverf. §. 21.

18) Nur im Fall der Emphyteuse findet eine Ausnahme statt.

Cautionsbefehl an ihn erlassen. Cavirt er, so ist die Sache erledigt, nur muß, wenn der Kläger sein Eigenthum bestreitet und es nicht vorzieht, sich an denjenigen zu wenden, den er für den Eigenthümer hält, sub exceptione satisdirt werden[19]). Leistet er dem Cautionsdecret nicht Folge, so kommt es zur missio in possessionem, und diese ist auch gegenüber dem wahren Eigenthümer, der ja jedenfalls indefensus ist, wirksam, nur mit der Modification, daß er, wenn er bona fide absens war, das Recht zur nachträglichen Cautionsleistung behält: seine rei vindicatio ohne das Anbieten der Cautionsleistung wird, wie im Fall der ductio servi indefensi oder der noxae datio von Seiten eines Nichteigenthümers die Klage ohne das Offeriren der litis aestimatio, durch exceptio doli zurückgewiesen[20]).

Antwortet endlich der belangte Besitzer gar nicht oder unbestimmt, so ist die Folge dieselbe, wie wenn er fälschlich sein Eigenthum geleugnet hätte[21]). Natürlich hat, wie im vorhergehenden Fall, der dominus bona fide absens auch hier das Recht der nachträglichen Cautionsleistung.

19) l. 31. §. 1. h. t. Im Fall eines schwebenden Eigenthumsprocesses kann er sich nur an den possessor halten l. 39. §. 1. cod.

20) l. 27. §. 1. l. 28. de nox. act. 9. 4.

21) Unrichtig ist die Behauptung von Bethmann-Hollweg Civilproc. II. S. 533., daß bei verweigerter Antwort die gewöhnliche missio in possessionem eintrete wie bei verweigerter Caution. Die l. 10. und l. 20. §. 2. de interr. in iure 11. 1., auf die Bethmann-Hollweg sich beruft, beweisen nach dem in Anm. 17. Ausgeführten das Gegentheil. Es hat ja doch auch in allen übrigen Fällen die Verweigerung der Antwort

§. 1679 a.

2. Forderung aus der Caution. Actio ex stipulatu.

37. Ist infolge des prätorischen Cautionsbefehls die Stipulation in der vorgeschriebenen Weise abgeschlossen worden, so ist, ebenso wie wenn der Gegner in freiwilliger Anerkennung seiner Verpflichtung sich ohne gerichtliches Verfahren zur Cautionsleistung hat bereit finden lassen, die Wirkung die, daß zwischen den Parteien eine bedingte Obligation entsteht, von der der Promittent, der zuvor zwischen der eventuellen Schadensersatzpflicht und dem Verlust seines Eigenthums wählen konnte, sich nicht mehr durch Aufgeben seines Eigenthums befreien kann[22]). Aus dieser Obligation kann, wenn die Bedingungen des Verfalls der Stipulation eingetreten sind, in der gewöhnlichen Weise mit der actio ex stipulatu geklagt werden. Zu bemerken ist dabei nur, daß aus derselben Stipulation nicht blos einmal, sondern wegen verschiedener unter die Caution fallenden Beschädigungen wiederholt geklagt werden kann, so daß also durch einmalige Geltendmachung die Klage nur in Bezug auf den bereits eingetretenen Schaden consumirt wird.

L. 18. rat. rem. hab. 46. 8. — — et ideo saepius ex ea stipulatione (ratam rem dominum habiturum) agi potest — sicut in stipulatione

dieselbe Folge wie das fälschliche Leugnen des die Passivlegitimation begründenden Verhältnisses: weßhalb sollte dies hier anders sein?

22) Dies ist einer der Unterschiede zwischen der c. d. infecti und den Noxalklagen. S. oben Ziff. 3. bei Anm. 27.

damni infecti accidere potest, ut is qui stipulatus sit subinde agat: cavet enim ‚si quod ibi ruet scindetur fodietur aedificabitur'. finge ergo subinde damnum dari: non erit dubium, quin (scil. subinde) agere possit: nam si toto damno computato tunc agendum est, propemodum non ante aget, quam dies stipulationis praeterierit, intra quem si damnum datum sit, stipulatione cautum erit: quod verum non est[23]).

Die Bedingungen des Verfalls der Stipulation ergeben sich aus dem über die Voraussetzungen der c. d. infecti und die Anlage der Caution früher Bemerkten von selbst.

Es muß der Schaden[24]), für welchen Ersatz versprochen ist, eingetreten sein und derselbe seine Ursache gerade in dem Ereigniß finden, von dem er befürchtet und für das cavirt wurde: es muß mithin ein Causalnexus zwischen der Beschädigung und dem vitium aedium oder operis vorliegen, in der Weise, wie dies früher bei Betrachtung der objectiven Voraussetzungen der c. d. infecti ausgeführt worden ist. So kann z. B. in dem Fall, wo wegen Baufälligkeit des Gebäudes stipulirt ist, nicht Ersatz gefordert werden, wenn ein Erdbeben den Einsturz herbeiführt; so haftet der wegen seines Thuns

23) Ebenso bei der cautio usufructuaria l. 1. §. 6. usufr. quemadm. cav. 7. 9.: — statim committetur quam aliter fuerit usus, et saepius committetur.

24) Daß es ein Schaden im Rechtssinn nicht ist, wenn dem Stipulanten ein bisher nur factisch genossener Vortheil entzogen wird, haben wir früher (Ziff. 4. bei Anm. 35.) gesehen.

zur Cautionsleistung Angehaltene nicht, wenn ein Dritter, den zu hindern er nicht im Stand war, die betreffende Handlung vorgenommen hat. Ist de vitio aedium cavirt, so steht ein Ersatzanspruch nicht zu, wenn der Schaden durch ein facere veranlaßt ist[25]), wie andererseits aus der Caution wegen eines vitium operis keine Klage begründet ist, wenn nicht das facere, sondern die Schadhaftigkeit der Sache die Ursache des Schadens bildet[26]), nur haftet der de vitio operis Cavirende nicht blos für den gleich bei Vornahme seiner Handlung, sondern auch für den nach Vollendung derselben eintretenden, aber doch auf sie zurückzuführenden Schaden[27]). — Uebrigens kann auch auf Ersatz eines Schadens geklagt werden, der ohne wirklichen Eintritt

25) L. 24. §. 7. h. t.: Praeterea si furni nomine damni infecti fuerit cautum, deinde furnarii culpa damnum datum fuerit, non venire in hanc stipulationem plerisque videtur. — Damit bei der cautio propter vitium aedium der Stipulant auch gegen den Schaden gesichert sei, der ihm etwa bei Gelegenheit der vom Caventen zur Vermeidung des Verfalls der Stipulation vorgenommenen Reparatur zugefügt wurde, wurde dies, wie schon oben bemerkt, in der Formel mit berücksichtigt: si quid ibi ruet scindetur fodietur aedificabitur.

26) Vgl. Cicero Top. c. 4. (S. oben Ziff. 5. Anm. 54.) Drastische Beispiele, wo der Schaden nicht auf das vitium operis, für welches cavirt worden, zurückzuführen ist, enthalten die l. 18. §. 1. und l. 43. §. 2. h. t.

27) L. 24. pr. fi. h. t.: — sed quod dictum est ‚operis vitio' sic accipiendum est [etiam si proponas], non tantum tempore quo opus fit, sed etiam si postea contingat: quid enim si ideo, quia male aedificatum erat, corruit?

des befürchteten Ereignisses lediglich durch die Gefahr, daß es eintritt, zugefügt wird. Wenn z. B. meine Miether deßhalb, weil das Nachbarhaus den Einsturz droht, in gerechter Furcht vor dieser Gefahr ausziehen oder in mein so bedrohtes Haus Niemand einziehen will oder wenn ich durch gleich gerechte Furcht bewogen, während mein Nachbar die gemeinsame Mauer demolirt, mein Haus stütze, so ist, obgleich der Einsturz nicht erfolgt ist, doch vitio aedium bezüglich vitio operis mir ein Schaden zugefügt worden und die geleistete Caution verfallen. Nur muß, während im Fall des wirklichen Einsturzes eben hierin der Beweis des vitium und des Causalzusammenhangs zwischen vitium und Schaden liegt — wogegen nur vom Caventen der Gegenbeweis geführt werden kann, daß sein Haus nicht infolge von Baufälligkeit, sondern infolge irgend einer äußern unabwendbaren Gewalt eingestürzt ist, oder daß das Haus des Stipulanten infolge eigener Fehlerhaftigkeit, nicht infolge der Demolirung des paries communis eingestürzt ist —, in diesen Fällen der Beweis vom Kläger erbracht werden, daß wirklich eine Gefahr vorliege, welche gerechten Grund zu der das Ausziehen der Miether, das Stützen des klägerischen Gebäudes veranlassenden Furcht gegeben hat[28]). — Natürlich muß auch auf der Seite des Klägers der Schaden in der Weise eingetreten sein, wie es durch die Caution vorgesehen ist: es muß also der Schaden gerade demjenigen Grundstück zugefügt werden, für welches er ihn befürchtete und wegen dessen er sich hat caviren lassen, de quo inter eum et promissorem initio actum est. Hat z. B. der Stipulant

28) Vgl. auch oben Ziff. 10. bei Anm. 10. und 14.

später ein zweites Gebäude erworben, so kann er für den diesem zugefügten Schaden nicht Ersatz fordern, ebenso bleibt der stipulirende Miteigenthümer, der später Alleineigenthümer geworden ist, auf einen theilweisen Ersatzanspruch beschränkt (l. 18. §. 5. h. t.). Damit ist es vollkommen vereinbar, wenn l. 18. §. 6. h. t. sagt:

Si autem res aliquas post stipulationem interpositam in domo habere coeperit stipulator, quae ex ruina vicinarum aedium perierint, agere ex stipulatu potest, licet tunc, cum stipularetur, hae res (ibi) non fuerint.

Denn das Versprechen geht auf Ersatz desjenigen Schadens, der durch Beschädigung des Grundstücks zugefügt werden wird und ist nicht auf die zur Zeit des Abschlusses der Stipulation gerade in dem Haus befindlichen Sachen beschränkt.

Der Schaden muß aber auch innerhalb der der Stipulation inserirten Frist, deren Beifügung ja gerade den Zweck hat, die Haftung auf bestimmte Zeit zu beschränken, eingetreten sein. Jedoch ist nicht erforderlich, daß er innerhalb der Frist bereits vollendet vorliegt, es genügt, daß das beschädigende Ereigniß selbst in die Frist fällt, wenn auch der Schaden in seinem vollen Umfang erst später eintritt, z. B. es stürzt das baufällige Haus innerhalb der Frist ein und erschüttert das des Stipulanten so, daß dies kurze Zeit darauf, aber nach Ablauf der Frist gleichfalls einstürzt:

l. 18. §. 11. h. t.: Stipulatione damni infecti interposita Sabini sententia vera est existimantis, ut, si, dum aedificatur intra diem stipulationi comprehensum, supra parietem meum domus

deciderit eumque vitiaverit, licet post diem stipulationis paries decidat, possim agere, quia damnum iam tunc acceperim, cum paries vitiosus factus sit. nec quicquam obstare, quo minus etiam antequam decidat agi possit: et, si ita concussus sit paries, ut nulla ratione recipi (refici) possit ideoque deponendus est, non minoris litem aestimandam, quam si decidisset.

Endlich ist für die erfolgreiche Geltendmachung des Ersatzanspruchs erforderlich, daß der Stipulant, dem die Caution ohne Beweis seiner Berechtigung zur Cautionsforderung auf sein iuramentum calumniae hin geleistet werden mußte, zu den cautionsberechtigten Personen gehört und diese seine Berechtigung erweist.

Die beim Vorhandensein dieser Voraussetzungen begründete actio ex stipulatu geht, wie Zweck und Fassung der Caution zeigt, auf Ersatz des eingetretenen Schadens, auf quanti ea res est d. h. auf das volle Interesse[29]). Darüber gelten die gewöhnlichen Grundsätze. Es muß also damnum emergens wie lucrum cessans, unmittelbares wie mittelbares Interesse ersetzt werden. Besonders hervorgehoben wird in den Quellen der Schaden durch Ausziehen oder Nichteinziehen von Miethern, durch Aufwand für ergriffene Vorbeugungs-

29) L. 5. §. 2. l. 18. §. 10. l. 28. 29. 37. h. t. l. 2. §. 2. de stip. praet. 46. 5. Die Worte quanti ea res est werden bei den prätorischen Stipulationen immer auf das Interesse bezogen, vgl. Mommsen Beitr. z. Obligationenrecht II. S. 51. 52. Anm. 20. 21.

maßregeln wie Stützen des Gebäudes[30]). Auch die Berechnung der Höhe des Schadens erfolgt nach den sonst geltenden Regeln. Nur in einer Beziehung ist zu Gunsten des Caventen eine Grenze gesetzt: bei kostbaren Luxusgegenständen, die vernichtet oder beschädigt sind, soll eine moderata aestimatio stattfinden:

l. 40. pr. h. t.: Ex damni infecti stipulatione non oportet infinitam vel immoderatam aestimationem fieri, ut puta ob tectoria et ob picturas: licet enim in haec magna erogatio facta est, attamen ex damni infecti stipulatione moderatam aestimationem faciendam, quia hone-

30) l. 28. 29. 37. h. t. In der letzteren Stelle wird der Fall einer gegen c. d. infecti gestatteten Demolirung des paries communis erörtert. Erweist sich die Demolirung als unnöthig, weil die Mauer noch tauglich war, so kann der Stipulant fordern, quanti eius interfuit, eum parietem stare; war hingegen die Demolirung gerechtfertigt, so hat er einen Anspruch nur insofern als die neue Mauer entweder untauglich oder mit zu großem Aufwand erbaut ist. Nach l. 39. §. 4. cod. soll bei der Schätzung der neuen Mauer nur auf den Aufwand Rücksicht genommen werden, der modum probabilem non excedit. Die Schlußworte ‚in vetere eius cultus, non qui non adgravet' sind offenbar corrumpirt (vgl. Mommsen). Der Sinn wird wohl der sein, daß der die gemeinschaftliche Mauer Reparirende einen theilweisen Ersatzanspruch so weit hat, daß bei der Schätzung der neuen Mauer nur der Aufwand berücksichtigt wird, der im Verhältniß zum alten Bau einen modus probabilis nicht übersteigt und nicht beschwerlich fällt. Dabei soll nach l. 38. §. 2. cod. der Werth der alten Mauer und des von ihr in die neue Verwendeten in Abzug gebracht werden.

stus modus servandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda.

l. 13. §. 1. de S. P. U. 8. 2.: Parietem communem incrustare licet secundum Capitonis sententiam, sicut licet mihi pretiosissimas picturas habere in pariete communi: ceterum si demolitus sit vicinus et ex stipulatu actione damni infecti agatur, non pluris quam vulgaria tectoria aestimari debent: quod observari et in incrustatione oportet.

Es hängt dies offenbar damit zusammen, daß an sich der Beschädigte gar keinen Anspruch auf Ersatz hat: die Billigkeit, die den Prätor bewogen hat, ihm einen Ersatzanspruch zu verschaffen, fordert andrerseits, daß dieser Anspruch nicht eine unmäßige Höhe erreicht. Ein allgemeines Princip, daß in allen Fällen die Schätzung des Schadens an dieser Grenze stehen bleiben müsse, ist also hierin nicht ausgesprochen[31]).

Die Klage steht dem cautionsberechtigten Stipulanten bezüglich dem, in dessen Namen stipulirt ist[32]), gegen den Promittenten zu, also im Fall der satisdatio auch gegen die Bürgen[33]). Natürlich geht die Klage activ und passiv auf die Erben wie eben so natürlich

31) Anders Mommsen Beitr. II. S. 233. 234. Jhering Schuldmoment S. 54 ff. Cohn Versicherungsvertrag S. 34. Anm. 22.

32) l. 18. §. ult. h. t. l. 5. de stip. praet. 46. 5.

33) Ist satisdatio sub exceptione geleistet, so werden die Bürgen frei, wenn sie das Eigenthum des Hauptschuldners zur Zeit der Stipulation beweisen. Ziff. 33. bei Anm. 35.

nicht auf die Singularsucceſſoren über[34]), und es findet, da es ſich hier um eine theilbare Obligation auf quanti ea res est handelt, auf der activen wie auf der paſſiven Seite ein scindi in personas heredum ſtatt, jeder der Erben iſt nur zu ſeiner Erbquote berechtigt und verpflichtet[35]). Von mehreren Miteigenthümern, die ſelbſt oder durch einen servus communis ſtipulirt haben, kann jeder nur in partem experiri, neque enim damnum, quod pluribus datum est, unicuique in solidum datum est, sed in partem datum esse videtur[36]). Ebenſo haften die Miteigenthümer des ſchadendrohenden Grundſtücks nur pro dominicis partibus[37]), außer wenn ſich einer in solidum verpflichtet, welchen Falls dieſer von den andern zwar nicht mit der actio communi dividundo, aber mit der actio negotiorum gestorum contraria Erſatz verlangen kann[38]). Iſt von mehreren Perſonen aus verſchiedenem Recht die Caution gefordert und iſt ihnen dieſelbe, wie es geſchehen mußte, geleiſtet,

34) S. oben Ziff. 34. bei Anm. 86 ff.

35) l. 2. §. 2. de stip. praet. 46. 5. l. 4. §. 2. de V. O. 45. 1. Vgl. dazu dieſen Commentar Serie der Bücher 39. 40. Bd. I. S. 445 ff.

36) l. 40. §. 2. l. 27. l. 42. h. t.

37) l. 40. §. 3. l. 27. h. t. l. 11. §. 3. de a. pl. a. 39. 3.

38) l. 6. §. 7. comm. div. 10. 3. l. 40. de neg. gest. 3. 5. Doch kann ſich nach dem was wir früher Ziff. 28 ff. in Bezug auf das Verhältniß zwiſchen Eigenthümer und dinglich Berechtigtem ausgeführt haben, der nichtcavirende socius von dieſer Erſatzleiſtung frei machen durch Preisgeben ſeines Antheils, da er ja auch dem Cautionsſucher gegenüber hierdurch von ſeiner Verpflichtung zu caviren frei werden würde.

z. B. dem Eigenthümer und einem dinglich Berechtigten, dem Eigenthümer und einem Miether wegen seiner Mobilien, so kann natürlich jeder eben nur sein Interesse einklagen [39]).

§. 1680.

V. Folgen der Nichtleistung der Caution.

38. Die innerlich verschiedene Natur der beiden Fälle der c. d. infecti, der Caution wegen vitium operis im Sinn von facere und der Caution wegen vitium aedium et operis perfecti, also wegen des Zustands eines Grundstücks, bringt es nothwendig mit sich, daß die Folge des Nichtcavirens in beiden Fällen eine verschiedene ist.

Nur auf den letztern Fall nimmt das prätorische Edict Rücksicht, wenn es sagt: ‚eum, cui ita non cavebitur, in possessionem *eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur* ire et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo‘, und die an das Edict sich anschließende Jurisprudenz beschäftigt sich gleichfalls nur mit diesem Fall. Das hat zur Folge gehabt, daß auch die Bearbeiter dieser Lehre die Frage, wie es denn im Fall der Nichtleistung einer wegen vitium operis geforderten Caution zu halten ist, regelmäßig gar nicht aufwerfen und bei ihnen unter der Rubrik, „Folgen

39) L. 5. §. 2. h. t.: Si et dominus proprietatis et fructuarius desideret sibi caveri damni infecti, uterque audiendus est: nec enim iniuriam sentiet promissor, non plus cuique praestaturus, quam quod eius intersit. L. 39. §. 2. eod. (über die letztere Stelle s. auch oben Ziff. 21. bei Anm. 68.).

der Verweigerung der Caution" nur die missio in possessionem abgehandelt wird. Schon von Hesse[40]) und nachdrücklicher noch von Bachofen[41]) ist dagegen geltend gemacht worden, daß von einer missio in possessionem da nicht die Rede sein kann, wo der Grund der Cautionsforderung nicht in dem Zustand einer Sache, sondern in der Handlung einer Person liegt. Wir haben bereits früher[42]) die Irrigkeit jener Ansicht und die Nothwendigkeit eines andern Zwangs- und Sicherungsmodus für den Fall des von einem facere drohenden Schadens nachgewiesen, und dabei zugleich die Unhaltbarkeit der weitern Behauptung Bachofens, daß auch dann, wenn wegen eines opus perfectum die Caution gefordert und nicht geleistet ist, die missio in possessionem unstatthaft sei, dargethan.

Was aber vertritt bei dem *vitium operis* die Stelle der Mission? Die hierauf gegebene Antwort berücksichtigt meistens nicht alle in Betracht kommenden Fälle. So spricht Hesse[43]) nur vom facere in alieno, sei es in privato oder in publico, wobei es besonderer Zwangsmittel nicht bedürfe, indem es genüge, daß entweder der Prätor den durch die Leistung der c. d. infecti bedingten Interdictenschutz verweigert oder der Bedrohte durch prohibitio oder operis novi nuntiatio dem Gegner in der Ausführung des schadendrohenden Werks Einhalt gethan habe. Bachofen[44]) geht zunächst von

40) C. d. infecti S. 106 ff. Rechtsverh. I. S. 153. 154.
41) Pfandrecht S. 384 ff.
42) S. oben Ziff. 13. 14. 15.
43) Rechtsverh. I. S. 7 ff. vgl. mit S. 5.
44) Pfandrecht S. 384 ff. 394.

dem Fall aus, wo der Eigenthümer in suo eine Handlung unternimmt, und meint, daß die operis novi nuntiatio ein geeignetes Mittel zur Erzwingung der Cautionsleistung sei, da auch bei der c. d. infecti nur solche eine bauliche Umgestaltung der Localität bezweckende opera wie bei der o. n. nuntiatio in Betracht kämen (?); die wenigen Fälle, wo auch andere selbständige Handlungen berücksichtigt würden, bedürften keines besonderen Zwangsmittels: der Prätor knüpfe den Eintritt in das fremde Eigenthum[45]) an die vorhergehende Cautionsleistung; endlich könne die Fortsetzung des Baus durch die Interdicte quod vi aut clam und uti possidetis gehindert werden.

Wir müssen die verschiedenen Fälle, in denen wegen vitium operis die Caution gefordert werden kann, unterscheiden.

Handelt es sich um ein *facere in alieno*, sei es auf einem Privatgrundstück oder auf einem öffentlichen[46]), so erscheint, so lange die geforderte Caution nicht geleistet wird, das facere als ein unerlaubtes, welches rechtmäßiger Weise thätlich oder durch Anrufen der richterlichen Hilfe gehindert werden kann. Sucht der Han-

45) Danach denkt Bachofen hier an das facere in alieno.

46) Die Behauptung von Huschke Gajus S. 211. bei Anm. 18., daß bei Anlagen auf öffentlichem Boden der Cautionsbefehl sich nicht auf die gewöhnliche Weise habe durchsetzen lassen, sondern nur eine actio in factum nach geschehenem Schaden stattgefunden habe, läßt sich — ganz abgesehen von ihrer inneren Unhaltbarkeit — doch sicherlich nicht durch die dafür angeführten l. 18. de S. P. U. 8. 2. und l. 27. §. 10. ad leg. Aquil. 9. 2. beweisen.

delude gegen die thätliche Hinderung den richterlichen Schutz nach, so wird ihm dieser, wenn das Cautionsverlangen des Gegners als begründet befunden und trotzdem nicht cavirt wird, denegirt; beruft er sich gegenüber der Klage des Bedrohten auf seine Befugniß zum facere, so kann er damit unter der gleichen Voraussetzung diese Klage nicht entkräften. Der Zwang besteht also einfach darin, daß der Nichtcavirende als ein zur Vornahme der Handlung nicht berechtigter behandelt wird: er muß caviren oder unterlassen. Ein selbständiger Cautionsantrag wird in diesen Fällen nicht gestellt, sondern es wird gegenüber der Klage oder gegenüber der Einrede des Unternehmers, daß er zum facere berechtigt sei, geltend gemacht, daß das facere ohne vorherige Cautionsleistung nicht zulässig ist. Auch eine Frist für die Leistung der Caution wird hier nicht gesetzt: so lange er nicht cavirt, darf er sein Unternehmen nicht fortsetzen; die Anerkennung, daß die Cautionsforderung begründet sei und das Aussprechen der Folge der Nichtleistung der Caution fallen zusammen. Natürlich kann sich der Bedrohte, statt den Unternehmer thätlich abzuhalten, auch der operis novi nuntiatio und der prohibitio bedienen, falls ein opus solo coniunctum im Sinn dieser Rechtsmittel in Frage steht. Durch die mit der Nichtachtung dieses Verbots verbundenen Nachtheile[47]) erhält der Unternehmer genügenden Impuls ent-

47) Für das interdictum demolitorium bedarf es nur des Nachweises des Zuwiderhandelns gegen das Verbot, das interdictum quod vi aut clam setzt voraus, daß der Cautionsanspruch soweit als begründet anerkannt wird, daß, wenn ein selbständiger Cautionsan-

weder zu caviren oder zu sistiren. Will derselbe sich bei diesem Verbot nicht beruhigen und doch auch nicht caviren, weil er dazu nicht verpflichtet zu sein glaubt, so muß er durch seinen Remissionsantrag die Erörterung dieser Frage beim Prätor veranlassen und je nach dem Resultat dieser Erörterung wird das Verbot aufgehoben oder als giltig und bis zur Leistung der Caution fortdauernd anerkannt[48]).

Wird wegen eines *facere in suo* die Caution verlangt, so ist allerdings in sehr vielen Fällen in der operis novi nuntiatio und der prohibitio ein genügendes Mittel gegeben, um den Unternehmer vor die Alternative zu stellen, daß er entweder cavirt oder sistirt. Nämlich in allen den Fällen, wo die schadendrohende Handlung unter den Begriff eines opus solo coniunctum fällt, also eine bauliche oder sonstige Umgestaltung des Grundstücks durch scindere, fodire, aedificare herbeizuführen bestimmt ist. Aber es ist durchaus unbegründet, wenn Bachofen meint, daß bei der c. d. infecti nur solche eine Umgestaltung der Localität bezweckende opera in Betracht kämen. In all den Fällen, wo von der Benutzung einer vorhandenen Anlage durch fortgesetzte Thätigkeit Schaden droht z. B. durch das Einwerfen von Dünger in eine Düngergrube, durch das Heizen eines an der Nachbarmauer liegenden Backofens, durch den Betrieb eines mit heftigen Erschütterungen verbundenen Gewerbes u. s. w., überall da handelt es sich nicht um ein opus solo coniunctum und kann der

trag gestellt worden wäre, der Cautionsbefehl ertheilt sein würde.

48) Vgl. diesen Commentar Serie der Bücher 39. 40. Bd. I. S. 397 ff.

unzweifelhaft auch hier zulässige Anspruch auf c. d. infecti durch o. n. nuntiatio und prohibitio nicht geltend gemacht werden. Wie gestaltet sich also hier das Verfahren? Natürlich bedarf es hier zunächst eines selbständigen gerichtlichen Antrags auf Leistung der Caution. Was aber den Zwang zur Erfüllung des Cautionsbefehls anbelangt, so kann derselbe wie in andern Fällen nur ein indirecter sein. Beim vitium aedium steht der Beklagte vor der Alternative: cavere aut aedibus carere, beim vitium operis ist die Alternative die: zu caviren oder das Unternehmen zu unterlassen. Entschließt er sich zu keinem von beiden, so wird er zum letztern, zum Preisgeben des Grundstücks und zum Sistiren gezwungen. In den Fällen des facere in alieno wird nun, wie wir gesehen haben, der Zwang zum Sistiren dadurch geübt, daß das an sich erlaubte facere so lange verboten und durch Versagung des sonst gewährten Schutzmittels gehindert wird, bis der Unternehmer die Caution leistet. Nicht anders kann es im Princip hier sein: der Unternehmer muß an der Fortsetzung seiner Thätigkeit gehindert werden, wenn er nicht cavirt. Während aber beim facere in alieno der Cautionssucher kraft eignen Rechts, als Eigenthümer oder als Bürger, die Handlung hindern darf, indem eben die Berufung des Unternehmers auf sein Thundürfen zurückgewiesen wird, sofern er nicht durch Leistung der Caution die Voraussetzung dieses Thundürfens erfüllt, steht gegenüber dem Handeln des Gegners in suo dem Cautionssucher ein solches Verhinderungsrecht nicht zu. Es muß mithin ein solches erst geschaffen werden. Und das geschieht, wie wir bereits früher (Ziff. 15. bei Anm. 76.) gesehen haben, einfach dadurch, daß der Prätor, wenn er die

Cautionsforderung als berechtigt anerkennt und dem Beklagten die Verpflichtung zum Caviren auflegt, zugleich decretirt, daß dieser mit seinem Unternehmen nicht fortfahren dürfe, falls er nicht cavire. Das Cautionsdecret erhält also hier die Form eines prohibitorischen Interdicts in der Fassung: ich verbiete dir die Fortsetzung des opus, bis du die geforderte c. d. infecti geleistet hast. Dadurch ist der Cautionssucher hier in derselben Weise geschützt, wie in den Fällen des facere in alieno, indem das Recht den Gegner bis zur Leistung der Caution an der Vornahme der Handlung zu hindern, welches in den letzteren Fällen schon an sich besteht, durch das prätorische Decret geschaffen wird: es wird hier durch den selbständigen Cautionsantrag des Bedrohten genau dasselbe Resultat herbeigeführt wie durch den Remissionsantrag des durch operis novi nuntiatio an der Ausführung eines opus solo coniunctum Gehinderten[49]). Handelt der Beklagte diesem Verbot zuwider, fährt er also in seiner Thätigkeit fort, ohne zu caviren, so geht gegen ihn die actio ex interdicto zunächst auf die Sponsionssumme und eventuell das iudicium secutorium auf Ersatz des durch das facere contra edictum zugefügten Schadens[50]).

49) Wer die heutige Geltung der operis novi nuntiatio und des interdictum quod vi aut clam leugnet, der muß auch in den Fällen eines opus solo coniunctum dieses Verfahren und diese Fassung des Cautionsbefehls annehmen.

50) Wenn Aebli S. 47. 48. meint, man müsse in solchen Fällen auf das Recht der Lex Rubria zurückgehen und dem bedrohten Grundeigenthümer die alte actio in factum zusichern, damit er mit derselben den Geg-

39. Während die Quellen über den im Fall des Nichtleistens der Caution wegen vitium operis eintretenden Nachtheil nur dürftig fließen, sind die Bestimmungen für den Fall des *vitium aedium* sehr umfassend.

Nach der Lex Rubria war, wie wir früher gesehen haben, die Folge des Nichtcavirens die, daß im Fall des Eintritts des befürchteten Schadens dem Verletzten eine actio in factum auf Ersatz gegeben wurde, proinde atque si de ea re damni infecti ex formula recte repromissum satisve datum esset. Anders nach dem prätorischen Edict. Zwar kennt auch dieses eine solche actio fictitia, aber unter andern Voraussetzungen. Die normale Folge des Nichtcavirens ist die Einweisung des Bedrohten zunächst in die Detention des schadendrohenden Grundstücks neben dem Eigenthümer, um einerseits auf letztern durch die Unannehmlichkeiten dieser Situation einen Druck zu üben, andrerseits den

ner auf Ersatz des erlittenen Schadens belangen könne, so erklärt sich dieses gewiß nicht nahe liegende Zurückgreifen wohl nur daraus, daß er das von ihm — anders als den meisten Andern — anerkannte Bedürfniß eines besonderen Zwangs als in anderer Weise nicht zu befriedigen ansieht. Daß es auf die von mir angegebene Weise besser und mehr in Einklang mit den anderen Fällen des facere befriedigt wird, wird man nicht verkennen können. Ich vermuthe, daß Windscheid mit mir übereinstimmt. Er spricht im §. 460. Ziff. 2. vom facere in suo: „der nicht cavirende Eigenthümer wird in der Fortsetzung seiner Thätigkeit gehindert" und bemerkt dazu in Anm. 7.: „durch den Richter, wenn der Eigenthümer auf den

Bedrohten, der mit der Detention soviel Dispositionsbefugniß als zur Wahrung seines Interesses nöthig ist, also namentlich das Recht zur Beseitigung des schadendrohenden Zustands und zur Abwendung der Gefahr erhält, in genügender Weise sicherzustellen; wird der erstere Zweck nicht erreicht, so verwandelt sich das bisherige in possessione esse neben dem Eigenthümer in ein ausschließliches possidere, der Eigenthümer, der sich fortgesetzt der Vertretung seiner Sache nicht unterzieht, wird verdrängt und sein Recht geht auf den Eingewiesenen über. Diese missiones in possessionem schließen sich in gewissem Sinn an das früher dargestellte Verfahren des alten Civilrechts an. Nach diesem lag dem Eigenthümer des baufälligen Gebäudes die Verpflichtung zur Reparatur, zur Beseitigung der Gefahr ob: eine Klage darauf stand aber nicht zu, der Bedrohte war auf Selbsthilfe verwiesen, er konnte den Eintritt in das schadendrohende Grundstück verlangen und sich durch Vornahme der erforderlichen Reparaturen, wegen deren ihm dann ein Retentionsrecht wie eine Klage auf Ersatz zustand, selbst schützen. Derselbe Gedanke liegt offenbar der wegen Nichtleistung der c. d. infecti verfügten ersten Besitzeinweisung zu Grund. Aber die prätorische Mission zeigt doch zugleich eine neue Seite. Es bewendet nicht bei der ersten Besitzeinweisung mit dem Anspruch auf Ersatz etwaiger Reparaturkosten, vielmehr ist diese nur eine Vorstufe, die überschritten wird, die Vorbereitung und Einleitung zu einer weitern Folge des Nichtcavirens, welche als letzte Eventualität gleich von vornherein in's

Einspruch des Gegners nicht hört, — operis novi nuntiatio, interdictum quod vi aut clam."

Auge gefaßt ist[51]). Wir haben bereits wiederholt auf die Verwandtschaft zwischen actio noxalis und cautio damni infecti hingewiesen und gesehen, daß auch die römischen Juristen das non defendere der aedes ruinosae, die Nichtübernahme der stipulatio d. infecti, mit dem non defendere des servus noxius, der Nichtübernahme des iudicium noxale, vergleichen. Die der Noxalklage zu Grund liegende Idee ist vom Prätor für die c. d. infecti in etwas modificirter Weise verwendet worden. Wie die Verpflichtung zum defendere des servus noxius und zum Ersatz des von diesem gestifteten Schadens nicht für denjenigen Eigenthümer besteht, der sein Eigenthum preiszugeben bereit ist, so liegt auch dem Eigenthümer des schadendrohenden Grundstücks die Verpflichtung zur Uebernahme der defensio durch Leistung der c. d. infecti dann nicht ob, wenn er aus seinem Verhältniß zum Grundstück, welches ja der alleinige Grund ist, aus dem er in Anspruch genommen werden kann, ausscheidet: unsere Sachen, lebendige wie leblose, sollen uns nicht weiter verpflichten quam ut noxae eas dedamus. Der cautionspflichtige Eigenthü-

51) Vgl. auch oben Ziff. 3. a. E. — Der Gedanke, daß die missio ex primo decreto nur als Einleitung zu der m. ex sec. d. aufzufassen ist, zeigt sich auch bei der Frage, ob einer von mehreren missi wegen der von ihm aufgewandten Reparaturkosten gegen die übrigen die actio communi dividundo hat. So lange sie nur ex primo decreto immittirt sind, ist die Klage nicht begründet: kommt es aber zum zweiten Decret, so kann der missus auch wegen der zur Zeit der missio ex primo d. aufgewandten Kosten die actio comm. divid. anstellen. Siehe unten Ziff. 43. bei Anm. 4 ff.

mer hat also die Wahl, aut cavere aut aedibus, quas non defendit, carere. Eins von beiden aber muß er thun: er kann nicht zugleich die ihm als Eigenthümer obliegende Vertretung des schadendrohenden Grundstücks ablehnen und doch sich in dem Eigenthumsverhältniß behaupten wollen. Thut er keins von beiden freiwillig und ausdrücklich[52]), so wird, da jedenfalls sein Nichtcavirenwollen klar ist, angenommen, daß er sein Eigenthum preisgebe, und es wird dem Cautionsberechtigten die durch prätorischen Schutz gesicherte Stellung gegeben, die er einnehmen würde, wenn der Gegner zu seinen Gunsten auf das Eigenthumsrecht verzichtet hätte. Das letzte Resultat des Nichtcavirens ist mithin der Verlust des Eigenthums für den Cautionspflichtigen und der Uebergang desselben auf den Cautionsberechtigten, und nur dieses durch die missio ex secundo decreto herbeigeführte Endresultat rechtfertigt die Vergleichung mit der Noxalklage. Aber dazu kommt es eben nicht sofort: dem Verlust des Eigenthums geht die Vorstufe des in possessione esse des Gegners, der mildere Zwang der missio ex primo decreto voraus, um dem Pflichtigen Zeit zu lassen, sich eines Bessern zu besinnen und die geforderte Caution doch noch zu leisten[53]).

52) Wenn der Beklagte das Grundstück ausdrücklich derelinquirt, so erfolgt natürlich nicht die missio in possessionem, wie es ja auch nicht zur ductio servi iussu praetoris kommt, wenn der Beklagte noxae giebt. Der Bedrohte erwirbt dann durch Occupation sofort civiles Eigenthum. S. oben Ziff. 3. a. E.

53) Der Beklagte steht also bei der c. d. infecti in einer Beziehung besser, in anderer Beziehung ungünstiger als bei der actio noxalis. Bei der Noxalklage muß

40. Wir haben zunächst die Grundsätze, die für beide Stufen der *missio in possessionem*, die ex primo und ex secundo decreto, gemeinsam gelten, zu erörtern und sodann die beiden Stufen in ihren besondern Voraussetzungen und Wirkungen zu betrachten.

Missio in possessionem ist die von einem mit Imperium bekleideten Magistrat ausgesprochene Ermächtigung zur Besitzergreifung. Die Einweisung ertheilt der Magistrat durch besondres Decret, der Vollzug ist Sache der impetrirenden Partei: ohne diesen Vollzug, ohne wirkliches venire in possessionem, treten die betreffenden Wirkungen, Detention der Sache u. s. w. nicht ein[54]),

er sich sofort entscheiden, ob er defendiren will oder nicht, bei non defendere verliert er sofort sein Eigenthum; bei der c. d. infecti kann er sich bis zur missio ex secundo decreto noch zum defendere bereit erklären, erst das fortgesetzte non defendere führt den Verlust des Eigenthums herbei. Andererseits hat der mit Noxalklage Belangte trotz Uebernahme der defensio bis zur actio iudicati immer noch die Möglichkeit, durch noxae datio von der Ersatzpflicht frei zu werden, während bei der c. d. infecti der Beklagte, wenn er einmal die defensio übernommen und die Caution geleistet hat, definitiv gebunden ist. S. oben Ziff. 3. bei Anm. 27.

54) l. 26. §. 1. de pign. act. 13. 7. l. 15. §. 35. in f. h. t. — Auch das zweite Decret erfordert Vollzug Seitens des missus, damit das in possessione esse in ein possidere verwandelt werde. Hat man die Detention noch, so ist natürlich eine neue Besitzergreifung nicht nöthig; ist man aber vor dem zweiten Decret aus dem Besitz gekommen, so setzt der Eintritt der Wirkung des zweiten Decrets wieder die Besitzergreifung voraus.

darum muß gegenüber einem etwaigen Widerstand des Gegners die Möglichkeit der Ausführung des Decrets durch besondere Schutzmittel gesichert sein.

Die missio damni infecti nomine erfolgt nicht, wie die meisten andern Missionen, in ein ganzes Vermögen, sondern nur in ein einzelnes Vermögensstück, eben das schadendrohende Grundstück; sie ist der Hauptanwendungsfall der missio in possessionem rei singularis und zwar ist hier das Princip der Specialität das ursprüngliche[55]). Ihre alleinige Voraussetzung ist, daß der vom Magistrat anerkannten Verpflichtung zu caviren nicht nachgekommen wird[56]). Der Grund des Nichtcavirens ist gleichgiltig: auch gegen den, der schuldlos außer Stand ist, die Caution zu leisten, wird die Missio verfügt. Wir haben es früher ausgeführt, daß nicht blos in dem gewöhnlich allein berücksichtigten Fall, wenn der Cautionsbefehl gegen den in iure anwesenden Beklagten ausgesprochen ist und dieser dem Befehl innerhalb der vom Prätor gesetzten Frist nicht nachkommt, das Missionsdecret erlassen wird: auch dann, wenn der Cautionspflichtige abwesend oder aus andern Gründen nicht zu belangen und indefensus ist, wird in possessionem mittirt. Der Unterschied beider Fälle ist nur der, daß dort nach ausgesprochenem Cautionsbefehl ein besonderes Gesuch um Ertheilung des Missionsdecrets nach Ablauf der für das Caviren gesetzten Frist erforderlich ist, während hier gleich im Anschluß an den eventuell nach vorgängiger denuntiatio ex auctoritate ge-

55) l. 1. quib. ex caus. in poss. eatur 42. 4.

56) Eum cui ita non cavebitur, in possessionem ire — iubebo. l. 7. pr. h. t. l. 9. §. 4. l. 15. §. 11. 26. 27. 29. l. 38. §. 1. eod.

stellten Antrag auf Cautionsleistung gegen den indefensus die missio verfügt wird.

Von wem und gegen wen das Gesuch um Erlaß des Missionsbefehls erhoben werden kann, bedarf keiner besondern Erörterung: der Cautionsberechtigte fordert die missio gegen den Cautionspflichtigen. In Bezug auf die Person des Letztern ist daran zu erinnern, daß nur dann, wenn es der Eigenthümer ist, von dem die Leistung der c. d. infecti vergeblich gefordert war, die missio in possessionem eintritt, und daß nicht etwa auch dann, wenn mit Uebergehung des Eigenthümers lediglich Inhaber von iura in re in Anspruch genommen worden sind, es zu einer missio kommt, weder mit der Wirkung, daß das Eigenthum, noch mit der, daß das ius in re auf den Cautionsberechtigten übergeht, mit alleiniger Ausnahme des Emphyteuta. Von mehreren cautionspflichtigen Miteigenthümern wird natürlich nur gegen den nichtcavirenden mittirt, also in dessen Eigenthumsantheil; da aber der missus das Recht zur Vornahme von Handlungen erhält, die sich auf diesen ideellen Theil nicht beschränken, so leiden auch die cavirenden wenigstens unter der missio ex primo decreto, während die Folge der missio ex secundo decreto nur den nichtcavirenden trifft. Von dem Fall, wo mehrere Cautionsberechtigte die missio verlangen, werden wir später besonders sprechen. Tritt für den Cautionsberechtigten ein Stellvertreter auf, so wird er mittirt, ohne daß ihm die exceptio procuratoria entgegensteht.

Das Object der Besitzeinweisung ist die schadendrohende Sache. Nach dem Edict soll mittirt werden in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur. Diese Sache ist entweder ein Gebäude

oder ein unbebautes Grundstück. Auch der körperliche Theil eines Grundstücks mit oder ohne Gebäude ist aber eine res und daher sagt Ulpian in l. 4. §. 1. h. t.: ‚eius rei' sic accipe, sive tota res sit sive pars sit rei, und in l. 15. §. 11.: ex hoc edicto si non caveatur, mittitur in possessionem a praetore in eam partem, quae ruinosa esse videtur. Dabei besteht ein naturgemäßer Unterschied zwischen bebauten und unbebauten Grundstücken, zwischen aedes und ager. Bei einem ager läßt sich der vitiöse Theil räumlich abgrenzen, nur von diesem bestimmten Stück droht der Schaden und nur wegen dieser pars ruinosa wird die Caution gefordert, denn die Vitiosität des Stücks macht nicht das Grundstück in seinem ganzen Umfang zum Träger der Gefahr. Daher si agri nomine non caveatur, in eam partem agri mittendum est, ex qua periculum timeatur[57]). Anders beim vitium aedium. Die Fehlerhaftigkeit eines Bestandtheils des Gebäudes macht das ganze Gebäude fehlerhaft: nicht wegen der Schadhaftigkeit der Balken, der Mauer u. s. w. wird die Caution gefordert, sondern wegen der hierdurch herbeigeführten Schadhaftigkeit des Gebäudes als solchen, denn der Einsturz des baufälligen Theils zieht auch den der fehlerlosen Theile nach sich[58]). Diesen natürlichen Unterschied zwischen aedes und ager hebt die l. 38. §. 1. h. t. hervor: eiusque rei ratio haec est, quod in aedificiis partes quoque reliquae a vitiosa parte traherentur, at in

57) l. 38. §. 1. h. t. Vgl. oben Ziff. 12. bei Anm. 47.

58) Wird doch nach l. 13. §. 2. h. t. ein zwischen dem baufälligen Haus und dem Haus des Cautionssuchers liegendes fehlerfreies Gebäude, weil durch jenes gefährdet, auch als für dieses gefahrdrohend behandelt.

agris non item est. Dazu kommt ein weiterer Grund. Der schadhafte Theil eines Gebäudes steht mit den andern Theilen in einem solchen Zusammenhang, daß er nicht wie die pars vitiosa agri räumlich abgegrenzt werden und als selbständiges Besitzobject behandelt werden kann: der Balken, die Mauer, das Dach bilden kein Object für die missio in possessionem, ebensowenig der fehlerhafte Grund und Boden für sich ohne das darauf stehende Gebäude und das Gebäude für sich ohne Grund und Boden oder ein einzelnes Stockwerk. Diesen Grund macht Sabinus unter Billigung Ulpians geltend.

l. 15. §. 12. h. t.: An vero in totas aedes missio locum habeat, videamus. et extat Sabini sententia in totas aedes mittendum: alioquin si ex superficie, inquit, damnum timeatur, non habebit res exitum, nec profuturum in possessionem eius rei mitti, quam quis possidere non possit aut ei non expediat: et verior est Sabini sententia [59]).

Da aber, wo diese beiden Gründe nicht zutreffen, ist auch bei Gebäuden eine missio in partem ruinosam

59) Der exitus ist eben, daß der missus schließlich das Eigenthum erhält: Eigenthum an der superficies allein ist aber nicht möglich. Gar nicht hierher gehört, was Bachofen S. 373. als eine Ausnahme von der Unzulässigkeit der missio in die superficies anführt: daß bei aedes vectigales die missio sich auf diese beschränke und das zweite Decret nicht das Eigenthum, sondern nur das vectigalische Recht am Gebäude übertrage. Zudem ist, wie wir früher (Ziff. 27.) gesehen haben, Bachofens Unterscheidung zwischen aedes vectigales und praedium vectigale ganz unbegründet.

möglich. Stellt sich also infolge der Ausdehnung oder der eigenthümlichen Bauart des Gebäudes der schadhafte Theil als ein selbständiges Ganzes dar, so daß aus seinem Einsturz nicht auch der der übrigen Theile folgt und an dem schadhaften Theil ein von den fehlerlosen gesonderter Besitz stattfinden kann, so erfolgt wie bei Feldgrundstücken die Einweisung nur in diesen Theil. Von Fällen dieser Art handelt l. 15. §. 13. 14. h. t.:

Sed si in plures partes divisa domus sit, utrum in partem an in totam domum possidendam mitti quis debeat, videamus. si tam ampla domus sit, ut et spatia inter vitiosam partem intercedant et eam quae vitium non facit, dicendum in eam solam partem mitti: si vero unita sit contextu aedificiorum, in totam. itaque et in spatiosis domibus melius dicetur in eam partem domus mittendum, quae vitiosae parti unita est. ceterum si modica portiuncula aedium amplissimarum vitium faceret, quale erat dicere totas aedes iubendum possidere eum, cui damni infecti non caveretur, cum sint amplissimae? (§. 13.). Item quid dicemus, si insula adiacens domui vitium faciat, utrum in insulae possessionem an vero in totius domus possessionem mittendum sit? et magis est, ut non in domus possessionem, sed in insulae mittatur. (§. 14.).

41. Die *missio ex primo decreto* — so genannt, weil in l. 15. §. 16. h. t. von einem secundum decretum gesprochen wird — ist die gewöhnliche missio in possessionem, welche als Folge der Nichtlei-

stung einer stipulatio praetoria erkannt wird, nur daß sie eben von Haus aus eine missio in possessionem rei singularis ist. Alle diese Missionen dienen zwar dazu, den Cautionspflichtigen durch die Unannehmlichkeit des Mitbesitzes des missus zur Leistung der Caution zu bewegen[60]), aber ihr Zweck geht nicht darin auf, Zwangsmittel zur Ueberwindung des Ungehorsams zu sein — was z. B. für den Fall einer iusta absentia des Gegners gar nicht passen würde —, sondern sie sind zugleich und in erster Linie dazu bestimmt, den Cautionsberechtigten sicherzustellen, sie sind vice cautionis[61]). Die missio wird ertheilt auf einfache Postulatio; daß die materielle Voraussetzung für die Ertheilung lediglich das Nichtcaviren ist und daß nicht immer ein erst nach vorausgegangenem Cautionsbefehl gestellter Antrag erforderlich ist, haben wir bereits erwähnt. Durchaus unbegründet ist es, wenn Aebli (S. 37) hier ein nochmaliges iuramentum calumniae verlangt. Der Antrag auf missio wird natürlich, weil man hinsichtlich eines vorher eingetretenen Schadens nicht gesichert ist, möglichst bald, also sofort nach Ablauf der für die Cautionsleistung vorgeschriebenen Frist, gestellt werden. Um nach-

60) l. 5. pr. ut in poss. leg. 36. 4.: — ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat — cautionem.

61) l. 15. §. 30. h. t.: — ob hoc tantum missus, ut vice cautionis in possessione sit. Wenn der Bedrohte nicht durch Cautionsleistung sichergestellt wird, so will ihm der Prätor, ehe es zur Uebertragung des Eigenthums kommt, durch die Einweisung in den Besitz der schadendrohenden Sache die nöthige Sicherung gewähren, damit er selbst sich gegen die Gefahr schützen kann.

theilige Verzögerungen zu verhüten, ist eben auch den Municipalmagistraten das Recht zu dieser missio delegirt.

Die Wirkungen dieser missio, die aber, wie bemerkt, erst mit der Besitzergreifung eintreten, sind im Allgemeinen dieselben wie die der übrigen die Sicherung des Eingewiesenen bezweckenden Missionen, wenn auch die Rechte des missus damni infecti nomine nicht so weit gehen wie etwa die desjenigen, der rei servandae causa oder ventris nomine immittirt ist. Das in possessionem ire iubere mit nachfolgendem venire in possessionem bewirkt ein in possessione esse, also Detention und zwar neben dem Eigenthümer bezüglich dem an Stelle des Eigenthümers detinirenden wie Usufructuar, Miether u. s. w., welche durch den missus nicht verdrängt werden [62]). Mit dieser Detention erhält er custodia et observantia d. h. so viel Disposition als zur Wahrung seines Interesses erforderlich ist: es ist, wie die Quellen wiederholt hervorheben, nicht ein possidere, sondern ein custodiae causa in possessione esse [63]). Die Dispositionsbefugniß gewährt ihm das Recht, durch Vornahme der erforderlichen Reparaturen — wegen deren er, wenn es nicht zur missio ex secundo decreto kommt, einen sowohl durch Retention wie durch Klage geltend zu machenden Ersatzanspruch hat [64]) — den gefahrdrohenden Zustand zu beseitigen. Die Ansicht mancher Juristen, daß ihm eine Verpflichtung hierzu obliege und daß er ex-

62) l. 7. pr. l. 15. §. 20. h. t. l. 5. pr. ut in poss. leg. 36. 4.

63) l. 3. §. ult. l. 10. §. 1. de A. P. 41. 2. l. 12. quib. ex caus. in poss. eatur 42. 4. l. 5. pr. ut in poss. leg. 36. 4.

64) S. unten Anm. 72. 73.

emplo eius qui pignori accepit für omnis culpa hafte, iſt mit Recht verworfen worden[65]). Was ſpeciell den Einfluß auf iura in re aliena anbelangt, ſo iſt es, wie früher ausgeführt worden[66]), unrichtig, allgemein zu ſagen, daß die Inhaber ſolcher Rechte infolge der erſten Miſſion die Ausübung und Verfolgung derſelben verlieren: der Uſufructuar, Superficiar u. ſ. w., nicht minder die blos perſönlich Berechtigten wie der Miether, behalten ebenſo wie der Eigenthümer ſelbſt die Ausübung ihres Rechts, ſo weit ſie eben mit der dem missus geſtatteten Dispoſition verträglich iſt. — Wird durch dieſe missio ein pignus praetorium begründet? Von einem Verkaufsrecht, dem charakteriſtiſchen Merkmal des ſpätern Pfandrechts, iſt hier keine Rede. Das fehlt aber auch in andern Fällen der missio in possessionem, wo doch ein pignus praetorium angenommen wird. Man könnte jedoch gegen die Annahme eines ſolchen bei der missio damni infecti nomine geltend machen, daß hier anders als in den übrigen Fällen vor Leiſtung der Caution eine Forderung gar nicht vorhanden und auch nicht zu erwarten iſt. Inſofern aber, als die Auffaſſung der Stellung des Eingewieſenen als pignus ihren Grund lediglich darin hat, daß durch die Beſitznahme eine gewiſſe Sicherung wegen des möglichen Schadens gegeben wird, kann man auch hier von einem pignus praetorium ſprechen, wie ja auch die ductio servi indefensi, und gerade in Gleichſtellung mit der missio damni infecti nomine, als ein pro pignore abducere bezeichnet

65) l. 15. §. 30. h. t. Vgl. auch l. 9. de rebus auct. iud. poss. 42. 5.

66) S. oben Ziff. 25. bei Anm. 46.

wird[67]). — Von den Schutzmitteln des missus werden wir, da dieselben auch dem ex secundo decreto Immittirten zustehen, später handeln[68]).

Das durch die missio ex primo decreto geschaffene Verhältniß ist kein definitives. Es ist seiner Natur nach provisorisch und dazu bestimmt, wieder aufgehoben zu werden, sei es so, daß es durch die stärkere Wirkung der missio ex secundo decreto absorbirt wird, sei es so, daß das Verhältniß statt sich zu einem vollern Recht umzugestalten ganz erlischt. Nur von dem letztern Fall haben wir an dieser Stelle zu reden.

Normaler Weise ist die Aufhebung der missio dadurch bedingt, daß die Veranlassung derselben beseitigt wird. Wie alle missiones custodiae causa wird auch sie ihrem Zweck entsprechend aufgehoben durch Leistung der geforderten Caution[69]). Doch genügt nicht in allen Fällen das cavere de damno infecto, es muß unter Umständen noch mehr geleistet werden.

67) l. 23. de pecul. 15. 1. l. 26. pr. §. 1. de pign. act. l. 3. §. 1. de rebus eor. 27. 9. Vgl. Dernburg Pfandrecht I. S. 401 ff. Bachofen Pfandrecht S. 425 ff.

68) S. unten Ziff. 44. 45.

69) Es wird dadurch einerseits die Vollziehung des Missionsdecrets gehindert, so daß ein venire in possessionem nicht mehr zulässig ist, andererseits muß der infolge des Missionsdecrets bereits erlangte Besitz aufgegeben werden: der missus ist nicht mehr durch die zu seinem Schutz dienenden Rechtsmittel geschützt und kann vom Gegner vertrieben werden, der Gegner kann zu diesem Behuf ein Interdict impetriren. l. 11. ut leg. serv. c. 36. 3. l. 5. §. 3. in f. quib. ex c. in poss. eatur 42. 4. Groh S. 39.

Ist nämlich zu der Zeit, wo die Cautionsleistung offerirt wird, dem missus durch Eintritt des befürchteten Ereignisses bereits ein Schaden zugefügt, so kann jetzt das Erbieten zur Sicherstellung wegen künftigen Schadens nicht mehr genügen. Wäre wirklich zur Zeit, wo hätte cavirt werden sollen, de damno infecto cavirt worden, so würde der Verletzte auch wegen dieses Schadens gesichert gewesen sein. Soll also die missio aufgehoben werden, so muß jetzt auch de eo damno quod contingit postea quam in possessionem missus est Ersatz versprochen werden: das Versprechen ist so zu fassen wie wenn re integra cavirt wäre oder, wie die Quellen es ausdrücken, repetita die promittendum est[70]). Dabei erhebt sich die Frage, bis auf welchen Zeitpunct zurückgegangen werden soll, auf den des erlassenen Missionsdecrets oder den der erfolgten Besitznahme? Ist es, um den missus zum decedere possessione zu zwingen, genügend, ihm den Ersatz des Schadens zu offeriren, der ihn nach der erfolgten Besitznahme betroffen hat, oder kann derselbe auch für den zwischen dem Missionsdecret und dem venire in possessionem eingetretenen Schaden Ersatz verlangen? Unter den römischen Juristen bestand nach l. 15. §. 32. h. t. Streit darüber, ex quo tempore damni ratio habeatur, utrum ex quo in possessionem ventum est an vero ex quo praetor decrevit ut eatur in possessionem? Nach Ulpians Referat war Labeo ebenso ausnahmslos für das letztere

70) l. 15. §. 31. h. t. Ueber das repetita die vgl. l. 3. de fide instr. 22. 4. l. 51. §. 2. ad leg. Aquil. 9. 2. l. 9. §. 6. ad exhib. 10. 4. l. 5. §. 7. de o. n. n. 39. 1. l. 1. §. 9. 10. de itin. 43. 19. l. 34. in f. de O. et A. 44. 7.

wie Sabinus für das erstere. Ulpian selbst meint, causa cognita modo hanc, modo illam sententiam probandam, plerumque enim subvenitur etiam ei, qui missus in possessionem aliqua ex causa aut non venit aut tardius venit in possessionem. Da infolge der hierin liegenden Beschränkung ein Zurückdatiren auf den Zeitpunct des Missionsdecrets jedenfalls nur dann stattfindet, wenn die Verzögerung der Besitzergreifung auf eine ein solches subvenire rechtfertigende Ursache zurückgeführt werden kann, so ist die Untersuchung der Frage, ob die Ansicht des Labeo oder die des Sabinus die principiell richtigere sei[71]), ohne practischen Werth.

71) Unter den Neuern wird hierüber gestritten. Vgl. z. B. Unterholzner Schuldverh. II. S. 718. N. d. und Bachofen Pfandrecht S. 378. Das Richtige möchte — darin stimme ich Bachofen bei — doch wohl die Ansicht des Labeo sein. Es scheint mir dafür folgendes zu sprechen. Der Eigenthümer steht vor der Alternative, die durch das Cautionsdecret ihm aufgelegte Caution zu leisten oder sein Eigenthum aufzugeben; thut er das erstere nicht so wie es ihm anbefohlen ist d. h. cavirt er nicht für den Schaden, der vom Ablauf der für das Caviren gesetzten Frist an eintreten wird, so setzt er sich der Gefahr des Verlustes seines Eigenthums aus: nur trifft ihn dieser Verlust nicht sofort, er kann bis zum Erlaß des zweiten Decrets sich eines Andern besinnen und durch nachträgliche Cautionsleistung diese Gefahr abwenden, diese Caution kann aber selbstverständlich keinen andern Inhalt haben, als wenn sie gleich zu der Zeit, da es zum Missionsdecret kam, geleistet worden wäre. — Ulpian geht, wie die Berufung auf die Billigkeit, die auch sonst dem nicht rechtzeitig in den Besitz Gekommenen Hilfe gewähre, deutlich zeigt, von der ent-

Außer dem Versprechen des Ersatzes für den bereits eingetretenen wie den noch drohenden Schaden wird zur Beseitigung der verfügten Mission noch weiter gefordert, daß für etwaige Impensen, namentlich für die zum Zweck der Reparatur und Abwendung der Gefahr gemachten, Vergütung geleistet wird[72]). Wegen dieser Vergütung steht ihm auch eine prätorische actio in factum zu, so daß er den Ersatzanspruch auch nach schon erfolgter Räumung des Grundstücks geltend machen kann[73]). Endlich ist der missus, wenn er, um die missio eines andern Cautionsberechtigten abzuwenden, Satisdatio geleistet hat (l. 7. pr. h. t.), berechtigt, auch dafür Sicherstellung zu verlangen und, bis dies geschehen, im Besitz zu bleiben oder auch, da dies gleichfalls unter

gegengesetzten Ansicht aus, daß streng genommen die Besitzergreifung der in Betracht kommende Zeitpunct sei und nur ausnahmsweise ex quo tempore praetor decrevit ut eatur in possessionem, damni ratio habeatur.

72) l. 15. §. 31. in f. h. t.: — de impensis quoque, si quas fecerit, erit ei cavendum. l. 15. §. 34. med.: proinde et si refecit aliquid, erit probandum, non prius eum discessurum, quam si ei sarciatur.

73) l. 15. §. 34. in f. h. t.: — potest autem et in factum actione reciperare hoc quod impendit, sed non amplius, quam quod boni viri arbitratu factum sit: idem est et si alius iussu rogatuve meo eorum quid sine dolo malo fecerit et eo nomine condemnatus sim aut dederim sine dolo malo. Vgl. auch l. 9. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. l. 38. de R. V. 6. 1. l. 25. de pign. act. 13. 7. l. 3. de contr. tut. act. 27. 4. — Giebt der Eigenthümer sein Grundstück preis, so kann natürlich nicht auf Ersatz dieser Impensen geklagt werden.

den Begriff von nothwendigen Impensen fällt (l. 1. §. 3. de impens. 25. 1.), die actio in factum deshalb anzustellen[74]).

In den bisher betrachteten Fällen wurde die missio aufgehoben durch eine Leistung an den Cautionsforderer, dadurch, daß ihm von dem Cautionspflichtigen oder statt desselben von einem Andern seine Forderung zugleich mit dem, um was sie sich seit der Besitzeinweisung vergrößert hat, befriedigt wird. Nun giebt es aber auch Fälle, wo die missio infolge des Verhaltens des missus beseitigt wird.

Von einem Fall dieser Art spricht die l. 15. §. 35. h. t.:

Si quis metu ruinae decesserit possessione, si quidem, cum adiuvare rem non posset, id fecit, Labeo scribit integrum ius eum habere, perinde ac si in possessione perseverasset: quod si, cum posset succurrere, maluit relinquere, amississe eum praetoris beneficium neque, si postea succurri sibi velit, audiendum eum. Cassius autem ait, si metu ruinae recesserit, non hoc animo, ut aedificia derelinqueret, restituendum in possessionem: eum tamen, qui missus in possessionem non accesserit, si aedificia ruerint, beneficium praetoris amississe scribit. hoc ita accipiendum erit, si venire in possessionem neglexit, non si dum venit ruerunt.

Wie zum Eintritt der Wirkungen des Missionsde-

74) Arg. l. 5. §. 1. ut leg. serv. c. 36. 3. l. 9. §. 3. de reb. auct. iud. poss. 42. 5.

crets der Vollzug desselben durch die impetrirende Partei, die Ergreifung des Besitzes, erfordert wird, so ist zur Fortdauer dieser Wirkungen das Beharren des Immittirten im Besitz nothwendig. Ein Verlust des Besitzes gegen seinen Willen durch Handlungen Dritter schadet ihm nicht, hiergegen ist er durch Rechtsmittel geschützt: wenn er aber infolge eigener Entschließung das Grundstück verläßt, dann hat er das beneficium praetoris verloren. Doch ist es nicht mehr als billig, daß auf den Grund des Aufgebens des Besitzes Rücksicht genommen wird. Liegt Derelictionsabsicht vor, dann kann ihm natürlich nicht geholfen werden[75]); wird er hingegen durch Furcht vor dem Einsturz, ohne die Absicht dasselbe ganz preiszugeben, aus dem Grundstück vertrieben, durch eine Furcht, die insofern keine eitle und selbstverschuldete ist, als er die Gefahr des Einsturzes zu beseitigen nicht im Stande war, dann wird ihm gewissermaßen eine in integrum restitutio propter metum gewährt, d. h. die Wirkung der alten missio ist durch das Verlassen des Grundstücks erloschen, aber es wird ihm durch ein neues Missionsdecret geholfen[76]).

75) Cassius und Labeo sind darüber einig: was jener allgemeiner mit ‚hoc animo ut aedificia derelinqueret' drückt dieser concreter mit ‚cum posset succurrere maluit relinquere' aus.

76) Cassius — restituendum in possessionem. Labeo scheint im Fall des iustus metus ein Fortwirken des alten Missionsdecrets anzunehmen: integrum ius eum habere perinde ac si in possessione perseverasset. Aber es muß doch jedenfalls die Voraussetzung dafür — si quidem, cum adiuvare rem non posset, id fecit — erst untersucht werden, und für den entge-

Während der Anfang der l. 15. §. 35. cit. von der Aufhebung der durch die bereits vollzogene Besitzergreifung herbeigeführten Wirkung des Missionsdecrets handelt, beschäftigt sich der Schluß mit dem Fall, wo das prätorische Decret noch gar nicht zum Vollzug gekommen und bevor dies geschehen, der Einsturz des Gebäudes erfolgt ist. Auch hier soll nach Cassius das beneficium praetoris verloren sein d. h. das die Erlangung der Detention gestattende Decret unwirksam werden. Ulpian beschränkt dies jedoch auf den Fall, wo eine schuldhafte Säumniß des missus in der Erlangung der Detention vorliegt: si venire in possessionem neglexit, non si dum venit ruerunt. Trifft den missus ein solcher Vorwurf nicht, so kann er auf Grund des früher erlassenen Decrets den Besitz auch dann noch erlangen, si postea quam decrevit praetor eum in possessionem mittendum, tunc aedes deciderunt[77]).

42. Wird die missio ex primo decreto nicht in der angegebenen Weise aufgehoben, so kommt es zu der der cautio damni infecti eigenthümlichen *missio ex secundo decreto,* die als letztes durch das vorausgegangene erste Decret schon vorbereitetes Resultat des Nichtcavirens den Verlust des Eigenthums für den Cautionspflichtigen zur Folge hat.

Der Antrag auf Ertheilung dieses zweiten Decrets muß, da dies den Municipalmagistraten nicht delegirt

gengesetzten Fall deutet doch auch Labeo auf ein neues Gesuch hin: neque, si postea succurri sibi velit, audiendum eum. Vgl. auch Bachofen S. 378. Anm. 1.

77) l. 15. §. 34. h. t.

ist, beim Prätor bezüglich praeses provinciae gestellt werden. Vorladung und Anwesenheit des Gegners ist hier sowenig wie beim Postuliren des ersten Decrets erforderlich. Freilich wird ziemlich allgemein das Gegentheil behauptet[78]). Unter Berufung auf l. 4. §. 5. 6. h. t. lehrt man, daß, wenn zur Zeit, wo der Berechtigte sein Gesuch um Erlaß des zweiten Missionsdecrets stellt, der Cautionspflichtige nicht vor dem Prätor erschienen sei, ihm in seiner Wohnung von der bevorstehenden zweiten Mission Anzeige gemacht werden müsse. In Wahrheit bezieht sich aber das domum denuntiari in l. 4. §. 5. cit. keineswegs auf die missio ex secundo decreto, sondern auf den beim Magistrat gestellten Cautionsantrag. Entsprechend der Ordnung des Edicts handelt Ulpian in Liber I. ad edictum, woraus die l. 4. cit. wie l. 1. h. t. entnommen sind, von dem bei der c. d. infecti stattfindenden Verfahren. In l. 1. erwähnt er, daß die res damni infecti, weil Aufschub gefährlich, den Municipalmagistraten delegirt sei. In l. 4. fährt er fort: Erneuerung oder Verlängerung der für die Leistung der Caution gesetzten Frist ist Sache des Prätors; wird innerhalb der vom Prätor bestimmten Frist nicht cavirt, so wird in possessionem mittirt und gegen den der Besitzergreifung sich Widersetzenden eine actio in factum gegeben; in den §§. 3. und 4. wird hervorgehoben, daß das den Municipalmagistraten durch Delegation ertheilte Recht auf Erlassung des Cautionsbefehls und des ersten Missionsdecrets beschränkt sei und

78) Donell Comm. XV. c. 47. §. 14. Meier Colleg. Argent. ad T. D. 39. 2. §. 21. Bangerow III. §. 678. Anm. VII. 2. a. Aebli S. 41. Hesse Rechtsverh. I. S. 157.

der Prätor die missio ex secundo decreto sich reservirt habe. Und nun kommt im §. 5. ein Theil des prätorischen Edicts: ‚dum ei qui aberit prius domum denuntiari iubeam' mit der Erläuterung Ulpians. Mit der missio ex secundo decreto hat das sowenig etwas zu thun wie mit den Municipalmagistraten. Es ist eine Bestimmung, die sich auf das Verfahren bei Stellung des gerichtlichen Antrags auf Leistung der c. d. infecti bezieht, wie wir dies früher näher erörtert haben. In der That hat auch eine nochmalige der zweiten Mission vorausgehende Denuntiation keinen Sinn. War der Eigenthümer bei Verfügung der missio ex primo decreto anwesend, so weiß er, was ihm im Fall des fortgesetzten Nichtcavirens bevorsteht, und dies ihm nochmals durch domum denuntiari anzukündigen, bezüglich ihn nochmals dadurch aufzufordern sich eines Bessern zu besinnen wäre zwecklos; war er abwesend, so wird auf sein Interesse schon genügende Rücksicht genommen, indem dann der Prätor mit dem zweiten Decret nicht eilt.

Als materielle Voraussetzung für die Ertheilung des zweiten Decrets giebt das Edict nur an: cum iusta causa esse videbitur[79]). Diese Voraussetzung erläutert Ulpian in l. 15. §. 21. h. t. näher dahin:

> Non autem statim ubi misit praetor in possessionem, etiam possidere iubet, sed tunc demum, cum iusta causa videbitur (ergo intervallum aliquod debebit intercedere), quod aut pro derelicto aedes longo silentio dominus vi-

79) l. 7. pr. l. 4. §. 4. h. t.

deatur habuisse aut emisso in possessionem et aliquamdiu immorato nemo caveat.

Die iusta causa besteht also im Wesentlichen in dem fortgesetzten Nichtcaviren, wie denn auch in den Quellen das perseverari, durari non caveri als die missio ex secundo decreto begründend genannt wird [80]). Das anhaltende Nichtcaviren kann auf einem zwiefachen Grund beruhen, woran Ulpian bei seinem etwas unklaren Ausdruck wohl gedacht hat, entweder auf dem Nichtwollen, während man es könnte, also wenn man anwesend ist, oder auf dem sich nicht um die Sache Kümmern, im Fall der Abwesenheit. In beiden Fällen ist regelmäßig die Folge der missio ex secundo decreto gerechtfertigt: dort liegt offenbare Renitenz gegenüber dem Cautionsbefehl vor, der Pflichtige erklärt stillschweigend, daß er sich für das Preisgeben seines Eigenthums entscheide, indem er den Verlust desselben nicht durch Cautionsleistung vermeidet; hier, im Fall der Abwesenheit, muß er wenigstens als derelinquirend behandelt werden, weil er sich so lange Zeit um seine Sache nicht kümmert, während er sich doch um sie kümmern müßte. Wie lange das Nichtcaviren anhalten, wie viel Zeit zwischen dem ersten und zweiten Decret verstreichen muß, das hängt lediglich vom richterlichen Ermessen ab [81]). Daß dabei die besondern Umstände des concreten Falls ge-

80) l. 7. §. 1. de usufr. 7. 1. l. 4. §. 4. h. t.

81) Merkwürdigerweise faßt Donell das longum silentium als silentium während longum tempus im technischen Sinn auf und behauptet, es müsse im Fall der Abwesenheit des Eigenthümers 10 Jahre lang mit dem zweiten Decret gewartet werden.

würdigt werden, daß insbesondere bei einer Abwesenheit ex iusta causa und bei Fällen, wo der Gegner eine Person ist, die ohne ihre Schuld die Caution nicht leisten kann, wie ein Pupill ohne Tutor, eine längere Zeit gefordert und mit dem zweiten Decret nicht geeilt wird, hebt Ulpian in l. 15. §. 22. h. t. ausdrücklich hervor[82]).

Das Decret lautet: possidere iubeo. Die Wirkung ist also, im Gegensatz zu dem in possessione esse des ersten Decrets, unzweifelhaft Erlangung des juristischen Besitzes. Dieser Besitz ist ein ausschließlicher, der Mitbesitz des Eigenthümers und bisherigen Besitzers ist damit unvereinbar: ubi quis possidere iussus est, dominus deiciendus erit possessione[83]). Der durch die missio ex secundo decreto aus dem Besitz Verdrängte kann dann, wenn er neben dem schadendrohenden noch ein zweites Gebäude hat, seinerseits nicht, wenigstens

82) Nur der Curiosität wegen mag der Ansicht von Aebli (S. 40. a. E. 41.) Erwähnung geschehen. Er will das ‚cum iusta causa esse videbitur' dahin interpretiren, daß vor der zweiten Mission eine causae cognitio darüber stattzufinden habe, ob bei den beiden Parteien diejenigen Bedingungen vorhanden seien, welche für die eine Partei einen Rechtsanspruch gegenüber der anderen begründen, es finde also nunmehr dasselbe Verfahren statt, welches nach geleisteter c. d. infecti durch die actio ex stipulatu veranlaßt werde. Es entspricht das seiner Behauptung, daß beim Antrag auf Erlaß des ersten Decrets zur Legitimation das iuramentum calumniae erforderlich sei. Einer Widerlegung bedarf diese weder durch innere Gründe noch durch die Quellen unterstützte Meinung nicht.

83) l. 15. §. 23. h. t. l. 30. §. 2. de A. P. 41. 2.

nicht wegen derselben Gefahr, vom missus Caution beanspruchen[84]). So weit ist Alles zweifellos. Im Uebrigen herrscht aber über die Natur des für den missus begründeten Rechtsverhältnisses großer Streit, obgleich in der neueren Zeit die richtige Ansicht kaum noch einem Zweifel begegnet.

Die Frage ist nämlich die, ob für den missus ex secundo decreto nur bonae fidei possessio mit condicio usucapiendi oder sofort Eigenthum begründet wird[85]). Der Zweifel ist hervorgerufen durch die Aussprüche der Quellen, die miteinander in Widerspruch zu stehen scheinen. In einer Reihe von Stellen wird das Rechtsverhältniß des missus geradezu als Eigenthum bezeichnet[86]). Diesen Stellen stehen andere gegenüber, in denen gesagt wird, daß der ex secundo decreto Im-

84) l. 13. §. 11. h. t. S. oben Ziff. 23. a. E. Dasselbe gilt auch dann, wenn er, bevor es zur missio ex secundo decreto kommt, durch freiwillige Dereliction dem missus das Eigenthum überläßt. Vgl. Bachofen S. 375. 376.

85) Für ersteres Cuiac. Opp. I. pg. 1520. Voet ad h. t. §. 12. Glück Comm. XVIII. S. 265. Zimmern Arch. f. civ. Prax. VIII. S. 158 ff. Mühlenbruch II. §. 459.

86) l. 15. §. 16. h. t.: secundo decreto a praetore dominus constituitur; §. 17. eod.: ambo aedium fiunt domini — iam constituto domino eo; §. 33. eod.: possidere iure dominii; l. 7. §. 1. de usufr. 7. 1.: iure dominii possidere; l. 5. comm. div. 10. 3.: et ex hoc dominium aedium nanciscemur; l. 7. §. 9. eod.: cum iussus possidere vindicationem habere possit; l. 1. pr. de fundo dot. 23. 5.: dominus vicinus fit, quia haec alienatio non est voluntaria; l. 3. §. 1. de rebus cor. 27. 9.

mittirte erst durch Ersitzung das Eigenthum erwerbe[87]). Von der Erwägung ausgehend, daß, wer schon Eigenthümer ist, nicht zu ersitzen braucht, ja zu ersitzen gar nicht vermag, nehmen die in Anmerkung 85. angeführten Schriftsteller an, daß der missus nur in die condicio usucapiendi komme. Die Beweiskraft der Stellen, die von Begründung des Eigenthums durch das zweite Decret sprechen, glaubt man dadurch beseitigen zu können, daß man unter dem dominium die bonae fidei possessio versteht und die bonae fidei possessio als dominium praetorium oder als quasi dominium auffaßt. Nun ergiebt sich aber schon aus dem der missio in possessionem damni infecti nomine zu Grund liegenden Gedanken, wonach der Cautionspflichtige aut cavere aut aedibus carere muß und, wenn er sich für das erstere auch nach vorausgegangener missio ex primo decreto nicht entscheidet, als die andere Alternative wählend und seine Sache preisgebend behandelt wird, und speciell aus der Analogie der ductio servi indefensi bei der Noxal-

87) l. 5. pr. h. t.: Praetoris officium est ut missus in possessionem etiam eam per longi temporis spatium in suum dominium capere possit; l. 12. eod.: — si possidere et per longum tempus rem capere ei permissum fuerit; l. 15. §. 16. eod.: — non prius incipere per longum tempus dominium capere quam secundo decreto a praetore dominus constituatur; §. 26. eod.: — dominium capere possidendo; §. 27. eod.: dominium per longum tempus acquiri; l. 18. §. 15. eod.: iussu praetoris possidere et possidendo dominium capere; l. 44. §. 1. eod.: possidendo dominium cepi; l. 3. §. ult. de A. P. 41. 2.: — possidere nobis et per longam possessionem capere praetor permittit.

klage, daß der Beklagte nach der missio ex secundo decreto wie nach dem Ductionsbefehl seines Eigenthums sofort verlustig ist und sein Recht auf den Gegner übergeht, also nicht bonae fidei possessio, sondern Eigenthum für diesen begründet wird. Daß trotzdem die Quellen die Ersitzung noch als nothwendig erwähnen, erklärt sich einfach daraus, daß hier eine prätorische Erwerbsart des Eigenthums vorliegt. Der missus wird zwar Eigenthümer, aber nicht ex iure Quiritium, er erhält, wie der durch das Delict eines Sclaven Verletzte durch die ductio iussu praetoris[88]), nur das in bonis[89]), und die von der Nothwendigkeit der Ersitzung sprechenden Stellen beziehen sich im Sinn des vorjustinianeischen Rechts auf die Verwandlung des bonitarischen Eigenthums in das dominium ex iure Quiritium: ein Widerspruch zwischen den verschiedenen Quellenausprüchen liegt hiernach nicht vor[90]). Freilich können diejenigen

88) l. 2. §. 1. si ex nox. c. ag. 2. 9. l. 26. §. 6. de nox. act. 9. 4.

89) Savigny Recht des Besitzes, 6. Aufl. S. 325. A. 1.

90) In eigenthümlicher Weise sucht Donell (cp. 47. §. 15—18.) die verschiedenen Quellenausprüche zu vereinigen. Er meint, ein Widerspruch zwischen ihnen würde dann vorliegen, wenn man annähme, daß der missus sofort Eigenthümer würde, denn was man im Eigenthum habe, könne man nicht ersitzen. Sed non dicuntur haec de eodem tempore neque iisdem condicionibus. Zunächst könne man non absurde sagen, der missus werde in der Weise sofort Eigenthümer, daß er zugleich per longum tempus Eigenthum erlangt, aber nicht durch nachfolgendes longum tempus, sondern durch das, welches dem zweiten Decret vorausgegangen ist. Doch scheint Donell selbst

Stellen, welche von einem Erwerb des Eigenthums per longum tempus, per longam possessionem reden, nicht auf diese Weise verstanden werden: denn hierdurch wird nicht quiritarisches Eigenthum gegeben und nicht bonitarisches in quiritarisches verwandelt. Daß aber auch diese Stellen ursprünglich von der usucapio gesprochen haben und erst durch die Compilatoren interpolirt sind, unterliegt keinem Zweifel[91]). Auch über den Grund dieser Interpolation kann man nicht im Unklaren sein. Seit der Aufhebung des duplex dominium mußte dem missus sofort das volle Eigenthum zustehen. Wie aber im alten Recht der missus das bonitarische Eigenthum dann nicht erhalten konnte, wenn der Gegner, dessen Verweigerung der Cautionsleistung die missio herbeigeführt hatte, selbst nicht Eigenthümer, sondern nur bonae fidei possessor war, so konnte im Justinianeischen Recht die missio in dem gleichen Fall nicht Eigenthum, sondern nur bonae fidei possessio verschaffen. Alle diese Stellen also, welche von dominium per longum tempus capere sprechen, können im Sinn der Justinianeischen Compilation nur auf Fälle bezogen werden, wo der die Caution Verweigernde selbst nicht Eigenthümer ist. Mit Recht geht daher die herrschende Meinung dahin, daß

etwas bedenklich, ob diese Ansicht Beifall finden werde, denn er schlägt für diejenigen, denen diese Erklärung nicht gefalle, eine andere Vereinigung vor: der missus werde nach dem Willen des Prätors immer Eigenthümer, aber unter der Bedingung, daß der Nichtcavirende Eigenthümer war, andernfalls könne er das Eigenthum nur durch Ersitzung erlangen.

91) Vgl. Vangerow III. §. 678. Anm. VII. 2. 6. Hesse Rechtsverh. I. S. 163. 164.

nach Justinianeischem Recht die Wirkung der missio ex secundo decreto der Regel nach Begründung des Eigenthums und nur dann, wenn der Gegner bloße bonae fidei possessio hat, Begründung der condicio usucapiendi ist[92]). Jedoch kann es nach dem, was wir

92) Vgl. Hesse C. d. inf. S. 114 ff. Rechtsverh. I. S. 158 ff. Bachofen S. 382. Aebli S. 42. Vangerow a. a. O. und die neueren Lehrbücher. — Es ist übrigens — worauf Vangerow hinweist — zu bemerken, daß die Frage, ob durch die gegen den Eigenthümer verfügte missio ex sec. d. Eigenthum oder bonae fidei possessio entsteht, von keiner practischen Bedeutung ist. Eine solche würde sie nur dann haben, wenn der bonae fidei possessor gewordene missus der Vindication des Eigenthümers, falls dieser sich zur nachträglichen Cautionsleistung bereit erklärte, bis zum Ablauf der Ersitzungszeit ausgesetzt wäre. Freilich behauptet nun Zimmern S. 160., daß dies der Fall sei und der Eigenthümer den b. f. possessor durch Befriedigung seiner Ansprüche während der Usucapionszeit wieder entfernen könne. In der That muß dies als eine durchaus nothwendige Folge jener Ansicht erachtet werden. Die Consequenz fordert dies so sehr, daß, wenn es anders ist und der Cautionspflichtige nicht mehr das Recht hat, dem missus gegenüber sein Recht geltend zu machen, dadurch die Ansicht von dem Entstehen einer bloßen b. f. possessio selbst widerlegt wird. Nach der ganz unzweideutigen l. 15. §. 33. h. t. steht aber dem Eigenthümer nach dem zweiten Decret — außer durch Vermittlung einer in integrum restitutio — kein Wiedereinlösungsrecht zu: nequaquam locus erit cautionis oblationi, seposito eo quod quibusdam vel aetate vel qua alia iusta causa subvenitur. — Durchaus unbegründet und unhaltbar ist die Meinung

früher ausgeführt haben, zu einer — nicht zugleich gegen den Eigenthümer gerichteten — missio gegen den bonae fidei possessor nur dann kommen, wenn der Cautionssucher selbst denjenigen, von dem er die Caution fordert, für den Eigenthümer hält[93]). Andernfalls wendet er sich eben an den wirklichen Eigenthümer und veranlaßt, wenn dieser nicht zu erlangen ist, das früher geschilderte Verfahren gegen den indefensus, wo dann von einer bloßen bonae fidei possessio des missus nicht die Rede ist. — Natürlich tritt der missus nicht blos in die Rechte, sondern auch in die Pflichten des Eigenthümers ein: er ist jetzt zur Leistung der c. d. infecti in eigenem Namen verpflichtet und es wird im Fall seiner Weigerung gegen ihn dasselbe Verfahren eingeschlagen, wie es zu seinen Gunsten gegen den früheren Eigenthümer durchgeführt worden ist[94]).

von Voet (ad h. t. §. 12.), daß zwar die Cautionsofferte nicht mehr zulässig sei, dem Verlangen des Eigenthümers auf Rückgabe seiner Sache aber dann gewillfahrt werden müsse, wenn er die Ursache und Furcht der drohenden Gefahr zu beseitigen bereit sei, weil dies durch kein Gesetz ausgeschlossen werde und das über die c. d. infecti Bestimmte nur den Zweck habe, den Bedrohten schadlos zu stellen, nicht auch, ihm einen Gewinn zuzuwenden.

93) Damit erledigt sich die von ältern Schriftstellern — vgl. Meier Colleg. Argent. ed. 1657. ad T. D. 39. 2. §. 22. in f. — aufgeworfene Frage, ob der missus auch dann ersitzen könne, wenn er wußte, daß das Haus dem Gegner nicht gehört.

94) l. 15. §. 15. 17. h. t. Nur der frühere Eigenthümer kann von ihm wegen derselben Gefahr nicht Caution verlangen. S. oben Anm. 84.

Was den Einfluß der missio ex secundo decreto auf die an dem schadendrohenden Grundstück bestehenden dinglichen Rechte betrifft, so tritt nach unsern früheren Ausführungen (Ziff. 25. bei Anm. 44. ff.) an die Stelle des bloßen Duldenmüssens eines solchen Maßes von Disposition als zur Wahrung des Interesses des Bedrohten nöthig ist, wie es die Folge der missio ex primo decreto war, der vollständige Verlust des dinglichen Rechts: den Inhabern von iura in re aliena, die an Stelle des Eigenthümers de damno infecto satisdare potuerunt und es nicht thaten, wird jetzt — nur in gleicher Weise wie beim Eigenthümer vorbehaltlich des Rechts der nachträglichen Caution durch Vermittlung einer in integrum restitutio — die persecutio iuris gegenüber dem missus denegirt[95]). Die Annahme eines selbständigen Uebergangs des dinglichen Rechts, in der Weise, daß die missio gegen den Inhaber desselben verfügt würde und ohne Wechsel des Eigenthümers nur ein Wechsel des dinglich Berechtigten stattfände, ist gleichfalls früher als falsch nachgewiesen worden: nur für den Fall, wenn

95) Es gilt hier dasselbe, was in l. 27. pr. de nox. act. 9. 4. in Bezug auf die Noxalklagen gesagt wird: Si noxali iudicio agitur de servo qui pignoris iure tenetur aut de eo cuius usus fructus alterius est, admonendi sumus, si creditor vel usufructuarius praesens defensionem suscipere noluerit, proconsulem interventurum et pignoris persecutionem vel usus fructus actionem negaturum. quo casu dici potest ipso iure pignus liberari (nullum enim pignus est, cuius persecutio negatur): usus fructus autem, etiamsi persecutio eius denegetur, ipso iure durat eo usque, donec non utendo constituto tempore pereat.

vom Emphyteuta die Caution gefordert und von diesem verweigert ist, findet nach l. 15. §. 26. h. t. eine Ausnahme statt[96]).

Die durch die missio ex secundo decreto für den Eigenthümer wie die Inhaber von iura in re aliena herbeigeführte Wirkung kann nur durch in integrum restitutio, welche die Befugniß zur nachträglichen Caution gewährt, wieder aufgehoben werden:

l. 15. §. 33. h. t.: Posteaquam autem quis possidere iure dominii a praetore iussus est, nequaquam locus erit cautionis oblationi: et ita Labeo: ceterum nullus, inquit, finis rei invenietur: et est hoc verissimum seposito eo, quod quibusdam vel aetate vel qua alia iusta causa subvenitur[97]).

Wird nur Einer von Beiden, Eigenthümer oder dinglich Berechtigter, in integrum restituirt, so wird — anders als wenn vor der missio ex secundo decreto einer von beiden cavirt — durch die von ihm geleistete Caution nur sein eigenes Recht, nicht auch das des Andern erhalten.

43. Eine besondere Betrachtung erfordert noch die auf die missio ex primo und ex secundo decreto gleichmäßig sich beziehende Frage, welche Grundsätze für den Fall gelten, wenn *mehrere Cautionsberechtigte*

96) Vgl. oben Ziff. 26. 27.

97) l. 15. §. 22. in f. l. 19. pr. h. t. l. 15. §. 2. ex quib. caus. mai. 4. 6. — l. 2. §. 1. in f. si ex nox. c. ag. 2. 9. l. 26. §. 6. in f. de nox. act. 9. 4. l. 30. eod.

die missio verlangen[98]). Ob die mehreren Personen sich auf gleiches oder verschiedenes Recht stützen, ob zwei Miteigenthümer eines und desselben Grundstücks oder zwei Eigenthümer verschiedener durch den Einsturz bedrohten Grundstücke oder ein Eigenthümer und ein Usufructuar, Superficiar u. s. w. das Missionsdecret nachsuchen, ist für die Beantwortung dieser Frage gleichgiltig[99]). Hingegen begründet es einen Unterschied, ob die

98) Vgl. Hesse Rechtsverh. I. S. 156. 158. Aebli S. 38. 41. Vangerow III. §. 678. Anm. VII. 2. c. Bachofen S. 374. 375. 383. 384.

99) Den übrigen Cautionsberechtigten kommt das durch die missio ex secundo decr. erworbene Eigenthum bezüglich die Eigenthumsquote wirklich zu gute, wie dies speciell für den Usufructuar in l. 7. §. 1. de usufr. 7. 1. gesagt wird; hingegen der Pfandgläubiger muß das durch die missio Erlangte dem Verpfänder herausgeben bezüglich aufrechnen, wie er das in gleicher Weise hinsichtlich des durch die actio furti Erlangten muß. Vgl. Dernburg Pfandrecht I. S. 147 ff. — Wenn übrigens in l. 7. §. 1. cit. das Recht des Usufructuars auf Behalten des durch die missio erworbenen Eigenthums darauf gestützt wird, daß dies zu den reditus gehöre, so ist, wie Elvers Servitutenlehre S. 485. richtig bemerkt, dieser Grund nicht der entscheidende, da auch solche Rechtsverhältnisse, die einen Anspruch auf Fruchtgenuß nicht geben, zur Caution berechtigen und die so Berechtigten bei verweigerter Caution das Eigenthum erwerben; unbegründet ist es aber, wenn Elvers den Rechtsgrund in einem Delict des Verlierenden sieht: es ist hier weder von einem Delict die Rede, noch würde, selbst wenn die missio als Folge eines Delicts betrachtet werden könnte, daraus etwas für die Berechtigung gerade des Usufructuars folgen.

Mehreren gleichzeitig mit diesem Gesuch auftreten oder ob der eine erst zu der Zeit, wo der andere schon mittirt ist, die Besitzeinweisung fordert. Mit dieser Unterscheidung haben wir die Frage in Bezug auf die missio ex primo und ex secundo decreto zu untersuchen.

Bitten die mehreren Berechtigten gleichzeitig um die missio ex primo decreto, so werden sie sämmtlich gleichmäßig in die Detention eingewiesen, ohne Rücksicht auf den größern oder geringern Umfang ihres Rechts und des ihnen drohenden Schadens:

l. 15. §. 18. h. t.: Cum plures mittuntur in possessionem, aequaliter mittuntur, non pro rata damni, quod unumquemque contingeret, et merito: nam et cum unus mittitur, non pro portione damni mittitur, sed in totum: cum igitur plures mittuntur, aequaliter omnes quasi in totum missi concursu partes habebunt[100]).

Es wird demnach Jeder so mittirt als wäre er allein, und nur aus der Concurrenz der Gleichberechtigten ergiebt sich eine Beschränkung des Einzelnen: hört also aus irgend einem Grund das Recht des einen auf, z. B. weil ihm cavirt wird, so hat der andere ein unbeschränktes Recht, wie wenn er von Anfang an allein mittirt worden wäre[1]). Ueber die zur Abwendung der

100) Vgl. l. 5. §. 1. eod.: — non magnitudine dominii quisque, sed aequaliter mittentur omnes in possessionem; l. 40. §. 4. eod.: mittendi omnes in possessionem erunt et quidem aequalibus partibus, quamvis diversas portiones dominii habuerint.

1) Stirbt einer der missi, so bedarf es für den Erben nicht eines neuen Decrets, sondern nur einer neuen

Gefahr etwa erforderlichen Dispositionen werden sich die Eingewiesenen am besten vereinbaren und dieselben gemeinschaftlich treffen, denn wenn auch der dem Einzelnen drohende Nachtheil ein verschiedener sein kann, so ist doch der Grund der Gefahr für alle derselbe. — Ist einer der Cautionsberechtigten den übrigen in der Erwirkung des Missionsdecrets zuvorgekommen, so steht das der Einweisung der übrigen nicht entgegen:

l. 15. §. 15. h. t.: Si plures sunt, qui postulent ut caveatur, omnes mitti in possessionem solent. idemque Labeo probat et si prius quis in possessionem missus sit et alius mitti desideret: nam non spectabimus ordinem, sed habebunt ambo possessionem. —

Die Reihenfolge des Auftretens ist also — so lange das Stadium der missio ex primo decreto noch nicht überschritten ist — insofern irrelevant als der Späterkommende das gleiche Recht wie der Erstmittirte hat. Doch kann dieser sich das ausschließliche Recht dadurch sichern, daß er die von dem Zweiten geforderte Caution ihm leistet, nur muß dies, da er jetzt noch alieno nomine cavirt, durch satisdatio geschehen[2]).

Besitzergreifung. Mehrere Erben treten nicht zusammen in den Theil ihres Erblassers ein, sondern vermehren die Theile, wie wenn sie von Anfang an vorhanden gewesen wären: der missus, der ihren Mitbesitz durch Cautionsleistung beseitigen will, braucht ihnen aber natürlich nicht mehr zu leisten als er ihrem Erblasser hätte leisten müssen.

2) Natürlich muß dann der Eigenthümer, der sich nachträglich zur Cautionsleistung entschließt, dem cavirenden missus auch hierfür Ersatz leisten bezüglich ihn

Das prätorische Edict hebt diesen Fall besonders hervor:

eius rei nomine, in cuius possessionem misero, si ab eo, qui in possessione erit, damni infecti nomine [non] satisdabitur, eum, cui non satisdabitur, simul in possessione esse iubebo (l. 7. pr. fine h. t.). —

Tragen die mehreren bereits ex primo decreto Immittirten gleichzeitig auf Erlaß des zweiten Decrets an, so werden sie auch hier wie beim ersten Decret nicht nach Maßgabe ihres Interesses, sondern aequaliter mittirt und auf den Umstand, ob ex primo decreto der eine früher als der andere eingewiesen ist, kommt nichts an. Von zwei Cautionsberechtigten wird also jeder zur Hälfte Eigenthümer:

l. 15. §. 17. h. t.: Si ante hoc (scil. secundum) decretum alius quoque in possessionem missus fuerit, aequaliter ambo aedium fiunt domini scilicet cum iussi fuerint possidere[3]). —

durch Caution sicherstellen. Siehe oben Ziff. 41. bei Anm. 74.

3) Voet ad h. t. §. 13. wie Gothofred in den Noten behaupten, daß bei der missio ex secundo decreto anders als bei der ex primo decreto die Quote sich nach der Größe des einem Jeden drohenden Schadens richte, und wollen, um diese Behauptung aufrecht halten zu können, das aequaliter als eodem tempore verstehen. Dies ist durchaus unhaltbar. Die missio ex primo decreto ist nur die Vorstufe für die missio ex secundo decreto und es hätte keinen Sinn, für letztere einen andern Maßstab als für erstere aufzu-

Die mehreren missi stehen mithin jetzt in einem Communionsverhältniß, hinsichtlich dessen die gewöhnlichen Grundsätze gelten, so daß z. B. wegen Impensen, die der Eine auf die gemeinschaftliche Sache gemacht hat, die actio communi dividundo begründet ist. Es entsteht aber die Frage, ob auch derjenige diese Klage anzustellen berechtigt ist, der, nachdem er mit dem Andern ex primo decreto immittirt worden, aber noch vor dem zweiten Decret, Aufwand zur Instandhaltung der Sache gemacht hat. Streng genommen ist diese Frage zu verneinen: denn zur Zeit der missio ex primo decreto bestand noch keine Gemeinschaft eines dinglichen Rechts[4]), deßhalb leugnete, wie Ulpian in l. 4. §. 4. comm. div. 10. 3. referirt, Julian die Zulässigkeit der Klage in diesem Fall:

si missi in possessionem damni infecti simus et ante, quam possidere iuberemur, ego insulam

stellen. Auch wird, wenn es zur m. ex secundo decreto kommt, von dem Bedrohten meist die Ursache der Gefahr bereits abgewendet sein, welchenfalls die Bemessung der Größe des einem Jeden zukommenden Antheils geradezu unmöglich ist, da es dann an jeder Grundlage für die Ermittelung des den Einzelnen treffenden Schadens fehlt. Das aequaliter bedeutet aber nach l. 15. §. 18. l. 5. §. 1. l. 40. §. 4. h. t. aequales partes und eine andere Bedeutung dieses Ausdrucks in l. 15. §. 17. cit. anzunehmen, dafür fehlt es wie an inneren Gründen so an jedem äußeren Anhalt.

4) L. 4. §. 3. comm. div. 10. 3.: — plane fructus ante percepti, quam res communis esset, vel sumptus ante facti in communi dividundo iudicium non veniunt (Ulp.).

fulsero, sumptum istum communi dividundo iudicio consequi me non posse.

Daß jedoch die Ansicht Julians nicht allgemein getheilt wurde, zeigt die von diesem selbst herrührende l. 5. eod.:

sed si res non defenderetur et ideo iussi sumus a praetore eas aedes possidere et ex hoc dominium earum nanciscemur, respondit *Proculus* communi dividundo iudicio partem eius impensae me servaturum esse.

Dieser Meinung des Proculus ist nicht nur im Justinianeischen Recht, wie dies der Zusammenhang der beiden eben citirten Stellen zeigt, der Vorzug gegeben worden, Ulpian berichtet, daß sie zu seiner Zeit die herrschende gewesen:

l. 15. §. 19. h. t.: Sed si quis eorum missus in possessionem sumptum fecerit, deinde iubeatur [iubeantur] possidere, an sumptum consequi possit is qui fecit et quo iudicio? et placet communi dividundo iudicio consequi eum posse[5]).

5) Daß es die Billigkeit ist, die Ulpian zum Abgehen von der juristisch consequenteren Ansicht Julians bewegt, können wir aus l. 8. fi. de nox. act. 9. 4. ersehen, wo Ulpian nur aus Billigkeitsrücksichten demjenigen, der durch die vor der Litiscontestation erfolgte noxae datio von Seiten eines Miteigenthümers in ein Communionsverhältniß zu den andern Miteigenthümern getreten ist, wegen des vor dieser communio begangenen Delicts die actio communi dividundo giebt: fortassis nec communi dividundo agere possit eius

Und während im Fall der gewöhnlichen missio in possessionem, die lediglich custodia giebt, ein iudicium communi dividundo gestattet wird, aber nur als utile, weil die Gemeinschaft des Eigenthums, auf welche die Klage ursprünglich berechnet ist, hier fehlt[6]), ist bei der missio ex secundo decreto, durch welche Eigenthum entstanden ist, das iudicium ein directum[7]). — Anders gestaltet sich die Sache, wenn den mehreren Berechtigten das zweite Decret nicht gleichzeitig ertheilt wird. Die Prävention, welche für die missio ex primo decreto ganz irrelevant war, ist hier von der größten Bedeutung. Ist der Eine bereits ex secundo decreto immittirt, so ist von einer missio ex secundo decreto des Andern neben ihm und von dem Entstehen eines Miteigenthumsverhältnisses nicht mehr die Rede: der zuerst Immittirte ist Alleineigenthümer geworden. Aber dadurch wird nicht etwa die missio ex secundo decreto des Andern gehindert: dieser hat, wenn ihm nicht cavirt wird — und cavirt wird nunmehr natürlich nicht von dem alten

maleficii nomine, quod ante communionem admissum est: quod si non potest, evidenti iniuria adficietur. sed melius est dicere, competere ei communi dividundo iudicium.

6) L. 1. 2. pr. l. 4. pr. l. 7. §. 3. comm. divid. 10. 3. l. 7. §. 8. eod.: Item (scil. aequissimum esse utile communi dividundo iudicium dari) si duo a praetore missi sint in possessionem legatorum: est enim iusta causa possidendi (l. 7. §. 3. eod.) custodiae gratia. —

7) L. 7. §. 9. eod.: Plane si iam damni infecti missus iussus sit possidere, non erit huic utili iudicio locus, cum vindicationem habere possit.

Eigenthümer, der sein Recht preisgegeben hat, sondern von dem ex secundo decreto Eigenthümer Gewordenen —, nach wie vor den Anspruch ex secundo decreto immittirt zu werden: nur wird er nicht wie bei der missio ex primo decreto neben dem Erstmittirten, sondern an dessen Stelle eingewiesen, so daß er denselben verdrängt und an seiner Stelle Alleineigenthümer wird. Der Erstmittirte kommt nicht mehr als missus, sondern als Eigenthümer in Betracht: er muß jetzt, wenn er die Besitzeinweisung eines Andern verhindern will, suo nomine caviren. Das durch die Prävention erlangte Recht legt ihm auch die Pflichten des Eigenthümers auf: übernimmt er nicht durch Caution die defensio des jetzt ihm gehörenden Grundstücks, so wird ihm so gut wie dem frühern Eigenthümer nach vorausgegangenem die bloße Detention gewährenden ersten Decret durch missio ex secundo decreto das Eigenthum entzogen:

l. 15. §. 15. h. t.: — quod si iam prior possidere iussus sit et alius damni infecti caveri desideret, tunc nisi caveatur, mittetur in possessionem posterior.

l. 15. §. 17. eod.: — si vero iam constituto domino eo, qui primus in possessionem missus est, Titius damni infecti sibi caveri desiderabit, cessante primo cavere solus Titius erit in possessione.

44. Die Wirkung der wegen Nichtleistung der Caution verfügten missio in possessionem tritt, wie wir gesehen haben, erst ein, cum in possessionem ven-

tum fuerit. Es muß ein Mittel geben, um gegenüber einem der Besitzergreifung entgegengesetzten Widerstand dem prätorischen Decret Wirksamkeit zu verschaffen. Nicht minder muß der missus, dem die Besitzergreifung gelungen ist, gegen Störung und Entziehung des Besitzes geschützt sein. Frustra enim in possessionem mitteret praetor, nisi missos tueretur et prohibentes venire in possessionem coerceret[8]). Von diesen dem *missus* zustehenden Schutzmitteln haben wir jetzt zu reden.

Zunächst die Negative. In andern Fällen der missio in possessionem wird der Zwang auch durch extraordinaria exsecutio verwirklicht: potestate eius inducendus est in possessionem qui eum misit, praetoria potestate vel manu ministrorum, per viatorem aut per officialem praefecti aut per magistratum introducendus est in possessionem[9]), während daneben auch der Schutz durch Interdicte bezüglich actiones in factum erwähnt und bald dieses Verfahren als das ius ordinarium, bald das Verfahren durch extraordinaria cognitio als vorzuziehend bezeichnet wird[10]). Dieser directe Zwang durch Einschreiten des Magistrats wird im Fall der missio in possessionem damni infecti no-

8) l. 1. §. 1. ne vis fiat ei qui in poss. miss. erit 43. 4.

9) l. 3. pr. §. 1. eod. l. 5. §. 27. ut in poss. leg. 36. 4.

10) Vgl. außer den in der vorigen Anm. angeführten Stellen: l. 1. §. 2. de migr. 43. 32. l. 1. §. 2. si ventr. nom. 25. 5. l. 1. §. 1. de inspic. ventre 25. 4. und über die verschiedenen Gründe für die einzelnen Fälle Schmidt Interdictenverf. S. 310 ff.

mine sowohl von Seiten der Municipalmagistrate wie des Prätors ausdrücklich für unzulässig erklärt:

An tamen is, qui non admittit, etiam pignoribus a magistratibus coerceatur? non puto, sed in factum actione tenebitur: nam et si a praetore missus non admittatur, eadem actione utendum est (l. 4. §. 2. h. t.).

Der missus ist mithin hier auf das ius ordinarium beschränkt. Es steht ihm aber nicht blos die in l. 4. §. 2. cit. erwähnte im Folgenden näher zu betrachtende actio in factum zu, er kann sich statt derselben auch des zum Schutz aller prätorischen Missionen gegebenen interdictum ne vis fiat ei qui in possessionem missus est (T. D. 43. 4.) bedienen. Das kann in gleicher Weise der ex primo wie der ex secundo decreto Immittirte. Für den letzteren ist ein solcher besondrer Schutz kein absolutes Bedürfniß: er ist schon gedeckt durch die Rechtsmittel, die ihm als juristischem Besitzer und bonitarischem Eigenthümer bezüglich als titulirtem gutgläubigem Besitzer zustehen, durch das interdictum unde vi und die actio Publiciana; trotzdem kann er, natürlich nur elective, auch jene Klagen anstellen:

l. 18. §. 15. h. t.: Non solum autem eum punit praetor, qui in possessione esse, sed etiam eum, qui possidere passus non fuerit, cum alioquin, si is, qui iussu praetoris coeperat possidere et possidendo dominium capere, aut non admissus aut eiectus inde fuerit, utile[11])

11) Die Bezeichnung des interdictum unde vi als utile erklärt sich in derselben Weise wie das interdictum

interdictum unde vi vel Publicianam actionem habere potest. sed si in factum actione egerit, his actionibus experiri non potest, cum praetor id agat, ne damnum faciat actor, non ut in lucro versetur.

Für den missus ex primo decreto aber ist nicht blos zum Zweck der Erlangung des Besitzes, sondern auch um sich im Besitz zu behaupten, ein besondres Schutzmittel erforderlich, da ihm als bloßem Detentor jene Klagen des possidere iussus fehlen.

Im prätorischen Edict (l. 7. pr. h. t.) wird nun wie überhaupt im ganzen Titel de damno infecto als besonderes Rechtsmittel des Eingewiesenen gegen den der missio sich Widersetzenden lediglich die actio in factum erwähnt. Daß aber auch hier wie in andern Fällen der missio in possessionem neben dieser Klage ein Interdict zusteht, zeigt l. 4. pr. ne vis fiat 43. 4.:

Per interdictum etiam ei subvenit praetor, qui damni infecti ab eo in possessionem missus est, ne ei vis fiat.

Die Grundsätze dieser beiden Rechtsmittel werden vielfach in ganz ungehöriger Weise vermengt, indem dabei zugleich ein Confundiren unserer actio in factum bei Widerstand gegen die missio damni infecti causa — von der Ulpian in Lib. 1. 53. 69. ad edictum

utile ne quid in loco publico in l. 2. §. 6. D. 43. 8.: nur die von der ursprünglichen abweichende Formelfassung — etwa ‚unde tu illum qui a me possidere iussus est vi deiecisti' — begründet die Utilität. Vgl. Schmidt Interdictenverf. S. 20.

ſpricht[12]) — mit der in andern Fällen der missio in possessionem gegen den ſich Widerſetzenden gegebenen actio in factum — von welcher Ulpian in Lib. 72. ad edictum handelt[13]) — ſtattfindet. Es gelten jedoch, wie wir ſehen werden, nicht blos für das Interdict andere Grundſätze als für die actio in factum, ſondern auch für unſere actio in factum andere als für die actio in factum in den übrigen Fällen der missio in possessionem. Das Interdict ne vis fiat ei qui in possessionem missus est iſt in allen Fällen das gleiche; daß unſere actio in factum eine von der in andern Fällen zuſtehenden weſentlich verſchiedene iſt, dafür genügt es hier, auf die Verſchiedenheit deſſen, worauf beide gerichtet ſind, hinzuweiſen[14]): in jenem Fall verſpricht der Prätor ein iudicium, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo cautum fuisset[15]), in dieſem hingegen ein iudicium, quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit[16]).

Der Prätor gab alſo, wie überhaupt öfter und ſpeciell im Fall des Widerſtands gegen die missio in

12) l. 4. §. 2. l. 7. pr. l. 15. §. ult. l. 17. pr. — §. 3. h. t.

13) l. 1. ne vis fiat ei 43. 4.

14) Andere Verſchiedenheiten: jene iſt vererblich und perpetua, l. 17. §. 3. h. t., dieſe nicht, l. 1. §. 8. ne vis fiat ei 43. 4., jene geht gegen den Pupillen unbedingt, l. 18. §. 13. h. t., dieſe nur, wenn er doli capax iſt, l. 1. §. 6. ne vis fiat ei.

15) l. 7. pr. l. 15. §. ult. h. t.

16) l. 1. pr. §. 6. ne vis fiat ei l. 14. pr. §. 1. quib. ex c. in poss. eatur 42. 4.

possessionem[17]), so auch zum Schutz des damni infecti causa Eingewiesenen ein zweifaches Rechtsmittel. Der Grund der Einführung einer zweiten demselben Zweck dienenden Klage neben dem Interdict läßt sich zunächst daraus erklären, daß die actio in factum eine Form der Fortentwicklung des im Interdict niedergelegten materiellen Rechtsgrundsatzes ist[18]): bei der c. d. infecti kommt ein besondrer Grund hinzu, der sich bei der Betrachtung des unserer actio in factum zu Grund liegenden Gedankens ergeben wird[19]). Wenn auch die beiden Rechtsmittel demselben Zweck dienen, nämlich dem Cautionsberechtigten dem Widerstand des Gegners gegenüber Hilfe zu gewähren, so wird doch dieser Zweck durch beide in verschiedener Weise erreicht. Der Cautionspflichtige soll cavere aut aedibus carere. Das Interdict nun bezweckt factische Durchführung der Consequenz des Nichtcavirens, des aedibus carere, auf directem Weg: der Widerstand gegen das Missionsdecret wird gebrochen und die zum Verlust des Eigenthums führende Besitzergreifung erzwungen. Die actio in factum hingegen beseitigt nicht direct den Widerstand gegen die Besitzergreifung, es kann nur der Gegner durch die Erwägung, daß ein solcher Widerstand diese Klage begründet, von demselben abgehalten werden, die Klage selbst aber führt nicht das Carere-müssen, sondern das Cavere-müssen durch, indem der Berechtigte den der missio sich Widersetzenden so behandeln kann, als ob derselbe cavirt habe. Daher ist das Interdict, bezüglich die actio ex inter-

17) Vgl. Schmidt Interdictenverf. S. 306 ff. 307. A. 25.
18) Schmidt a. a. O.
19) S. unten Ziff. 45. bei Anm. 43.

dicto sofort durch die Verhinderung der Besitzergreifung und Besitzbehauptung begründet, während die actio in factum ebenso wie die Klage aus der wirklich geleisteten Caution erst nach Eintritt des Schadens zusteht.

Nach diesen Vorbemerkungen sind die beiden Rechtsmittel näher zu betrachten.

Zuerst das Interdict. Die dasselbe enthaltende Stelle des Edicts wird uns nicht mitgetheilt. Daß es ein prohibitorisches Interdict ist, beweist nicht nur die Rubrik des T. D. 43. 4. Ne vis fiat ei quĩ in possessionem missus est, sondern auch die l. 4. pr. eod. Wie aber die in andern Fällen der missio in possessionem stattfindende actio in factum auf quanti res est sowohl dann zusteht, cum quis prohibuit quem venire in possessionem, als dann, cum quis possessione pulsus est[20]), so gewährt auch das Interdict nach beiden Richtungen hin Schutz. Hierdurch hat sich Unterholzner[21]) verleiten lassen, zwei Interdicte anzunehmen, ein die Störung verbietendes (prohibitorium) und ein die Wiederherstellung des gestörten Zustands gebietendes (restitutorium). Es ist aber überall nur von einem prohibitorischen Interdict ne vis fiat die Rede, von einem Interdict, wodurch dem den missus Verdrängenden die Restitution anbefohlen würde, findet sich keine

20) l. 1. §. 3. ne vis f. ei 43. 4. Ueber die Lesart dieser Stelle s. Mommsen.

21) Schuldverh. II. S. 136. N. b. Die weitere in Parentheſe eingeschlossene Bemerkung „dieses Interdict ist also nicht ausschließlich adipiscendae, sondern auch recuperandae possessionis" ist mindestens ein schlechter Ausdruck für den Gedanken, daß das Interdict nach beiden Richtungen Hilfe gewährt.

Spur. Vielmehr muß die Formel des prohibitorischen Interdicts so gefaßt gewesen sein, daß sie sich für beide Fälle gleichmäßig eignete und dem missus nach beiden Richtungen hin Schutz gewährte. Dies wurde etwa durch folgende Fassung erreicht:

Cuius rei illi in possessione esse a me eove cuius ea iurisdictio fuit permissum est, quo minus ille ibi sit, vim fieri veto[22]).

Im materiellen Sinn kann man also, wie es Ulpian in l. 3. §. 2. D. 43. 4.[23]) thut, das Interdict zugleich als ein restitutorisches bezeichnen. Aber es wird, auch wenn der missus aus dem bereits erlangten Besitz wieder verdrängt worden ist, doch immer nur das Hindern der Besitzergreifung verboten, nie ein restituere geboten. — Das Interdict steht dem missus, mag er selbst oder in der Person eines Stellvertreters gehindert sein[24]), nicht blos gegen den Cautionspflichtigen, sondern gegen jeden Hindernden zu, einerlei ob dieser suo oder alieno nomine prohibirt hat[25]). Das Interdict bezweckt Verhütung des Widerstands gegen die dem missus gestattete und durch eigene Thätigkeit zu bewerkstelligende Erlangung bezüglich Wiedererlangung des Besitzes: hat der Impetrat nach interdictum redditum die Besitzer-

22) Vgl. Schmidt Interdictenverf. S. 68.
23) Praetor ventrem in possessionem mittit et hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est. Schmidt a. a. O. S. 69. Anm. 55.
24) l. 2. pr. ne vis f. ei 43. 4.
25) l. 2. §. 1. ne vis f. ei. l. 1. §. 2. eod. Ueber die Lesart der letzteren Stelle vgl. Mommsen, anders Schmidt a. a. O. S. 308. Anm. 27.

greifung gehindert, so muß er zunächst die Sponsionsstrafe zahlen und eventuell, wenn dem Impetranten ein Schaden zugefügt ist, Ersatz dieses Schadens leisten. Es gelten also insofern die gewöhnlichen Grundsätze der prohibitorischen Interdicte. Trotzdem wird von Manchen[26]) behauptet, das Interdict verjähre binnen Jahresfrist und gehe nicht gegen die Erben des Beklagten. Diese Ansicht ist durchaus falsch. Das Interdict dient zum Schutz gegen Hinderung in der Besitzergreifung: von einer Frist, innerhalb welcher der prätorische Befehl, um wirksam zu sein und eine Obligation zu erzeugen, erbeten sein müßte, ist bei einem solchen prohibitorischen Interdict keine Rede, der missus kann jeder Zeit den Unterlassungsbefehl auswirken. Auch im Justinianeischen Recht, wo das Vorausgehen eines zur Unterlassung verpflichtenden Decrets nicht mehr erforderlich ist, ist daran nichts geändert. Sowenig wie zur classischen Zeit der durch das interdictum redditum zur Unterlassung verpflichtete Impetrat nur ein Jahr lang der durch die Contravention begründeten actio ex interdicto ausgesetzt war, sowenig ist im Justinianeischen Recht, wo an Stelle der speciellen prätorischen Verpflichtung die allgemeine Verpflichtung aus dem Gesetz getreten ist, die durch Verletzung dieser gesetzlichen Pflicht begründete Klage einer kürzeren als der allgemeinen Verjährungsfrist unterworfen. Und was den angeblichen Nichtübergang des Interdicts auf der passiven Seite betrifft, so stellen bekanntlich die prohibitorischen Interdicte in der Person dessen, dem befohlen wird, regelmäßig gar keine besondern Voraussetzungen auf: warum sollte gegen Perso-

26) Z. B. Hesse Rechtsverh. I. S. 155. Aebli S. 43.

nen, die die Eigenschaft von Erben haben, das Interdict weniger ausgewirkt werden können als gegen andere? Daß aber die im classischen Recht durch den Ausspruch des prätorischen Befehls begründete Obligation des Erblassers den missus nicht zu hindern und ebenso die durch die Contravention des Erblassers begründete actio ex interdicto passiv wie activ auf die Erben übergeht, kann keinem Zweifel unterliegen. Im Justinianeischen Recht gilt nichts anderes: aus einem Zuwiderhandeln des Erblassers gegen die gesetzliche Verpflichtung haften auch die Erben; waren es die Erben selbst, die den missus gehindert haben, so kommen sie natürlich nicht als Erben, sondern als Thäter in Betracht. Die Erklärung für jene Ansicht, daß das interdictum ne vis fiat nur intra annum zustehe und auf der passiven Seite nicht übergehe, liegt in der oben gerügten Vermengung der Grundsätze unseres Interdicts und der in l. 1. D. 43. 4. besprochenen actio in factum auf quanti res est. Die Stütze jener Ansicht ist nämlich die l. 1. §. 8. D. 43. 4., eine Stelle, die mit Recht von Schmidt[27]), obgleich auch er dieselbe nicht richtig versteht, für das Gegentheil angeführt wird.

Hanc actionem excepta legatorum missione intra annum competere et non postea sciendum est, cum sit poenalis, nec in heredes similesque personas dabitur, nisi in id quod ad eas pervenit: sed heredi similibusque personis dabitur. nam cum prohibitus quis est legatorum vel fideicommissorum causa possessionem adipisci, tunc actio et perpetua est et in heredem

27) A. a. O. S. 122. Anm. 19. S. 162.

dabitur, quia est in potestate successorum evitare interdictum satisdatione oblata.

Es ist klar, daß in diesem §. 8. wie in den vorhergehenden Paragraphen ausschließlich von der actio in factum auf quanti res est gesprochen wird; nicht minder, daß das von der actio in factum Gesagte nicht ohne Weiteres auch für das interdictum ne vis fiat gilt: sonst würden ja alle prohibitorischen Interdicte pönal sein und nur intra annum und nicht gegen die Erben zustehen. Für das richtige Verständniß der Stelle kommt es wesentlich auf die Bedeutung der Schlußworte (quia est in potestate successorum evitare interdictum satisdatione oblata) an. Schmidt (S. 162) meint, die Stelle werfe die in factum actio und das interdictum mit ziemlicher Gleichgiltigkeit durcheinander. Wenn ich dies recht verstehe, so heißt das nichts andres, als daß an Stelle des evitare interdictum ebenso gut evitare actionem in factum stehen könne, daß also der Erbe die in der Person seines Erblassers begründete Klage durch Anbieten der Caution zu vermeiden im Stand sei. Dann müßte das gleiche Recht auch dem Erblasser zustehen. Offenbar ist dies unrichtig. Wenn die Voraussetzung der actio in factum — si quis dolo malo fecerit, quo minus quis permissu meo in possessionem bonorum sit — vorhanden ist, dann kann die einmal begründete Klage nicht durch nachträgliches Erbieten zur Cautionsleistung wieder beseitigt werden: der Gehinderte hat jetzt sofort einen Anspruch auf quanti res est. Und was für ein Grund wäre das: die actio in factum und das Interdict sind im Fall der missio legatorum servandorum causa deßhalb nicht

auf ein Jahr und nicht auf den Erblasser beschränkt, weil der Erbe sie durch Cautionsleistung vermeiden kann! Nein, das evitare interdictum steht im Gegensatz zur actio in factum: das Interdict kann durch satisdationem offerre verhütet werden, die actio in factum nicht[28]). — Die l. 1. §. 8. cit. geht davon aus, daß der Prohibirte — wie es die l. 3. §. 2. eod. in Bezug auf die missio ventris nomine ausdrücklich hervorhebt[29]) — die Wahl zwischen der actio in factum und dem Interdict hat. Die erstere Klage kann er, weil sie pönal ist, der Regel nach nicht nach einem Jahr und nicht gegen die Erben anstellen: er ist dann auf das Inter-

28) Das ist eben wieder bei dieser sofort durch die dolose Verhinderung begründeten und auf quanti res est gerichteten actio in factum der l. 1. cit. anders als bei der actio in factum wegen verhinderter missio in possessionem damni infecti nomine. Die letztere geht auf tantum quantum praestare eum oporteret si de ea re cautum fuerat und setzt daher neben der Verhinderung noch Eintritt des Schadens voraus: daher kann sie vermieden werden durch Cautionsleistung oder Preisgeben der Sache vor Eintritt des Schadens. S. unten Ziff. 45. bei Anm. 38.

29) Praetor ventrem in possessionem mittit et hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est. sed si mulier velit in factum actione uti ad exemplum creditorum magis quam interdicto, posse eam experiri sciendum est. — Mit Recht hebt Schmidt a. a. O. S. 307. Anm. 25. hervor, daß, wenn bei dem rei servandae causa missus namentlich in l. 1. §. 1. eod. nur der in factum actio, nicht auch wie in anderen Fällen der missio des Interdicts Erwähnung geschieht, dies lediglich eine durch die Compilatoren herbeigeführte Zufälligkeit ist.

dict beschränkt, welches, weil es nur die Beseitigung des Widerstands gegen die Besitzergreifung bezweckt und das Nichthindern der Besitzergreifung anbefiehlt, jeder Zeit und gegen Jedermann, also auch gegen die Erben desjenigen, gegen den die missio verfügt war, impetrirt werden kann. Die trotzdem vorgenommene Verhinderung, welche die pönale actio in factum erzeugt, begründet hier die actio ex interdicto. Anders als in den übrigen Fällen gestaltet sich aber die Sache bei der missio legatorum servandorum causa, deren Zweck Erzwingung der geforderten Caution ist. Auch wenn der Erblasser oder der Erbe selbst der Besitzergreifung bereits Widerstand entgegengesetzt hat, so kann doch das wegen dieser Verhinderung zustehende Interdict und damit überhaupt das venire in possessionem vermieden werden dadurch, daß der Zweck, den die missio verfolgt, nämlich Leistung der cautio legatorum servandorum causa, erreicht wird: sobald also die Caution offerirt wird, verliert die missio und das zu ihrer Durchführung dienende Interdict den Boden[30]). Die durch die Verhinderung begründete actio in factum auf quanti res est wird jedoch damit nicht hinfällig. Wäre nun aber seit jener Hinderung ein Jahr verflossen oder der Hindernde gestorben, so würde, wenn hier der in andern Fällen geltende Satz, daß die actio in factum intra annum competit nec in heredes datur, aufrecht erhalten würde, der in jener Hinderung zu Tag getretene dolus ungestraft bleiben: der Gegner wäre dann der actio in factum nicht ausgesetzt, weil sie verjährt und gegen den Erben nicht zuständig ist, und das Interdict, welches

30) l. 4. pr. §. 1. ne vis fiat ei.

neben der poena sponsionis das in possessione esse pati zur Folge haben würde und welches jene Eigenschaften der Verjährbarkeit innerhalb kurzer Frist und des Nichtübergangs auf die Erben nicht hat, würde er beseitigen können, sobald er nur jetzt noch Cautionsleistung offerirt. Aus diesem Grund — der bei den übrigen in l. 1. §. 2. eod. neben der missio legatorum servandorum causa genannten Missionen, der rei servandae causa und ventris nomine, nicht zutrifft — wird für die missio legatorum servandorum causa eine Ausnahme gemacht: tunc actio (scil. in factum) et perpetua est et in heredem dabitur, quia est in potestate successorum evitare *interdictum* satisdatione oblata. — Das für uns wichtige Resultat ist mithin, daß das interdictum ne vis fiat ein perpetuum und ein auch auf der passiven Seite vererbliches ist.

45. Neben diesem Interdict und mit ihm wie mit dem interdictum unde vi und der actio Publiciana des ex secundo decreto missus electiv concurrirend steht auch hier bei der missio in possessionem damni infecti causa gegen den die Besitzergreifung Hindernden eine *actio in factum* zu. Daß diese actio in factum eine von der in l. 1. D. 43. 4. behandelten wesentlich verschiedene ist, dafür legt schon die bisherige Betrachtung Zeugniß ab. Wenn auch Ulpian in l. 1. §. 2. eod. sagt, daß hoc edictum (in l. 1. pr.) ein generale sei und ad omnes pertinet, qui in possessionem a praetore missi sunt, so bezieht sich das doch nicht mit auf die wegen Nichtleistung der cautio damni infecti verfügte Besitzeinweisung; auch führt Ulpian selbst hier ausdrücklich nur die missio rei servandae causa,

legatorum et ventris nomine an, während er in l. 4. §. 2. eod. im Fall der c. d. infecti eine ganz anders geartete actio in factum angiebt. Von dieser handeln außer der eben citirten l. 4. §. 2. das prätorische Edict in l. 7. pr. h. t., sowie l. 15. §. ult. — l. 17. §. 3. und l. 18. §. 13. — 15. h. t. Das prätorische Edict, auf welches sich die übrigen Stellen beziehen, lautet:

> in eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit quae mea est, cautum fuisset.

Gegenstand und Charakter dieser Klage sind hier deutlich bezeichnet. Sie geht genau auf dasselbe wie die actio ex stipulatu damni infecti, indem die in Wahrheit nicht geleistete Caution als geleistet fingirt wird: sie ist also eine actio in factum fictitia. Daraus ergiebt sich zugleich eine Voraussetzung dieser Klage, die im prätorischen Edict nicht ausdrücklich genannt ist: wie die wirkliche actio ex stipulatu kann auch die ihr nachgebildete Klage nicht vor Eintritt des Schadens angestellt werden. Ulpian drückt dies in l. 15. §. ult. h. t. mit den Worten aus: extenditur actio in id tempus quo damnum committitur und Paulus sagt in l. 16. eod.: antequam damnum detur, impunitum est factum eius qui neque promisit neque admisit in possessionem. Was die im Edict selbst angegebene Voraussetzung betrifft, so reducirt sich das neque cavere neque in possessione esse neque possidere pati in Wahrheit auf

ein einziges: es ist dieselbe Voraussetzung wie beim interdictum ne vis fiat, das Hindern der Besitzergreifung von Seiten des Immittirten. Das non admittere in possessionem würde zur Bezeichnung dieser Voraussetzung vollkommen genügt haben, denn ohne das non cavere kommt es gar nicht zur missio in possessionem. Trotzdem ist die Fassung ‚qui neque caverit neque etc.' nicht ohne Bedeutung. Zwar gehört das Nichtcaviren nicht zur Begründung der actio in factum, es genügt der Beweis der nur auf Grund des Nichtcavirens erfolgenden missio und der Verhinderung durch Beklagten: aber jene Fassung weist darauf hin, daß der Hindernde sich, so lange der Schaden noch nicht eingetreten ist, ebensowohl durch nachträgliches Caviren wie durch nachträgliches Zulassen des missus von der Klage befreien kann. Insofern ist also die Voraussetzung eine zweifache: Nichtcaviren und doch der nothwendigen Folge davon, der missio, sich Widersetzen. Dieses zweite eigentlich entscheidende Moment, das Hindern des missus, wird nun im prätorischen Edict durch neque in possessione esse neque possidere pati ausgedrückt. Daß dies nicht coniunctim, sondern disiunctim zu verstehen ist d. h. daß die Klage zu ihrer Begründung nicht Widerstand gegen die missio ex primo decreto und außerdem noch Widerstand gegen die missio ex secundo decreto voraussetzt, ist klar: mag Jemand das in possessione esse oder das possidere hindern, in beiden Fällen geht gleichmäßig gegen ihn die actio in factum[31]).

31) l. 4. §. 2. ne vis fiat ei: qui neque cavit neque possidere passus est, l. 15. §. ult. h. t.: si quis in possessionem missus non est admissus, l. 16.

Dadurch, daß diese Klage den Widerstand gegen das Missionsdecret oder um es mit den Worten des Edicts zu bezeichnen das neque cavere neque in possessione esse neque possidere pati voraussetzt, unterscheidet sich dieselbe von der dem Gegenstand nach gleichen Klage der Lex Rubria. Auch diese ist eine actio fictitia; das ‚ita ius dicito atque si de ea re, cum ita postulatum esset, damni infecti ex formula repromissum satisve datum esset' ist gleichbedeutend mit dem ‚iudicium dabo, ut tantum praestetur, quantum praestare eum oporteret, si de ea re cautum fuisset'. Und da auch hier die Caution als geleistet fingirt wird, aus der wirklich geleisteten Caution die Klage aber erst nach Eintritt des Schadens angestellt werden kann, so besteht auch die Voraussetzung, daß der Schaden bereits eingetreten sein muß, bei der actio in factum der Lex Rubria ebenso wie bei der des prätorischen Edicts. Hingegen weicht die erstere von der letzteren darin ab, daß jene lediglich das Nichtcaviren, diese das Nichtcaviren und das Hindern des missus in possessionem zur Voraussetzung hat, indem nach der Lex Rubria aus den früher angegebenen Gründen der Zwang durch missio in possessionem nicht stattfindet[32]).

eod.: qui neque promisit neque admisit in possessionem, l. 17. pr. eod.: si quis missum in possessionem non admiserit, l. 18. §. 15. eod.: non solum autem eum punit praetor, qui in possessione esse, sed etiam eum qui possidere passus non fuerit. Vgl. Donell Comm. XV. c. 47. §. 19. Huschke Gajus S. 218.

32) Vgl. auch Huschke Gajus S. 217 ff. gegen Dirksen Observ. ad selecta Gall. cisalp. cap. pg. 25.

Da die actio in factum gegen den die missio in possessionem damni infecti causa Hindernden auf der Fiction der geleisteten Caution beruht, so müssen ihre Grundsätze nothwendig andere sein als die der actio in factum auf quanti res est, welche nach l. 1. D. 43. 4. in den übrigen Fällen der missio in possessionem gegeben wird. Die letztere Klage ist, wie wir gesehen haben, pönal, die Folge davon ist, daß sie — mit Ausnahme des Falls der missio legatorum servandorum causa — intra annum verjährt und nicht gegen die Erben des Prohibenten zusteht. Anders unsere Klage. Sie hat natürlich denselben Character wie die Klage aus der wirklich geleisteten Caution, muß also perpetua und vererblich sein[33]). Das sagt denn auch Ulpian in l. 17.

33) Unrichtig ist die Auffassung von Huschke Gajus S. 217 ff. Er will die Eigenschaft der passiven Vererblichkeit auf diejenige actio in factum beschränken, welche nach l. 4. §. 3. ne vis f. ei 43. 4. dem zusteht, der nicht an der durch das Missionsdecret gestatteten Besitzergreifung gehindert ist, sondern der wegen Mangels der potestas praetorem adeundi das Missionsdecret nicht erwirken konnte (s. unten Ziff. 47.), und sieht darin den Unterschied von „der zum interdictum ne vis fiat ei qui in possessionem missus est gehörigen actio in factum wegen dolus", die gegen den der verfügten missio sich Widersetzenden gegeben werde. Es beruht dies auf der wiederholt gerügten Verwechselung unserer actio in factum bei der missio in possessionem damni infecti nomine mit der actio in factum in den übrigen Fällen der missio in possessionem. Huschke übersieht ganz, daß gerade die von ihm citirte l. 17. §. 3. h. t., nach welcher die actio in factum perpetua und vererblich ist, von derjenigen actio in factum spricht, welche ge-

§. 3. h. t. ausdrücklich: actio ista quae in factum est, perpetuo dabitur et heredi et in heredem ceterasque [personas] itemque ceteris personis. Daraus folgt dann wieder, daß sie nicht pönal ist, sowenig wie z. B. die actio utilis gegen den arrogator impuberis[34]). Aus diesem Grund wird sie gegen den der Besitzergreifung sich widersetzenden Pupillen ohne Unterscheidung gegeben: si pupillus prohibuit iri in possessionem damni infecti, placet in eum non iniuste competere hanc in factum actionem[35]), während es in Bezug auf die pönale actio in factum der l. 1. D. 43. 4. in §. 6. heißt: hoc edicto neque pupillum neque furiosum teneri constat, quia affectu carent. sed pupillum eum debemus accipere, qui doli capax non est: ceterum si iam doli capax sit, contra erit dicendum. Damit scheint auf den ersten Blick nicht in Uebereinstimmung zu stehen, daß in l. 17. pr. h. t. im Fall der Verhinderung des Immittirten durch eine gewaltunterthänige Person von einer Noxalklage gegen den Gewalthaber gesprochen wird, die ja nur bei einem Delict möglich ist. Es erklärt sich das daraus, daß die Klage doch immer durch ein widerrechtliches Verhalten, durch die Widersetzung gegen das prätorische Decret begründet wird[36]): der Gewalthaber, der sich selbst gar nicht widersetzt hat, der vielleicht selbst seine Sache preiszugeben bereit war, kann unter dieser

gen den zusteht, qui neque cavit neque admisit in possessionem.

34) l. 18. §. 1. de adopt. 1. 7.

35) l. 18. §. 13. h. t.

36) Unterholzner Schuldverh. II. S. 720. N. n. Vgl. auch l. 18. §. 15. h. t.: *punit* praetor —.

Fiction nicht leiden, es muß ihm das Recht zustehen, sich durch noxae datio zu befreien[37]).

Nur in einer Beziehung weicht unsere Klage von der actio ex stipulatu ab. Ist die Stipulation wirklich abgeschlossen, so ist der Cavent definitiv gebunden und kann das durch die Stipulation begründete obligatorische Band nicht einseitig durch Preisgeben des Grundstücks lösen: der Eintritt des Schadens hat nur die Bedeutung der Erfüllung einer Suspensivbedingung. Bei der actio in factum hingegen ist vor Eintritt des Schadens auch nicht eine bedingte Obligation zur Ersatzleistung vorhanden: die Verbindlichkeit, die im Fall der wirklich geleisteten Caution sofort zur Existenz kommt und nur in Gemäßheit ihrer Natur als einer Schadensersatzpflicht den Eintritt des Schadens voraussetzt, wird hier nur durch den bis zum Eintritt des Schadens fortgesetzten Widerstand gegen die missio erzeugt[38]). Daher kann derjenige, der sich anfangs der Besitzergreifung des missus widersetzt hatte, doch die Klage vermeiden, wenn er später den Widerstand aufgiebt; nur muß dies natürlich vor Eintritt des Schadens geschehen, denn nach die-

37) Darum ist es aber auch anders, wenn die Verhinderung mit dem Willen des Gewalthabers erfolgte arg. l. 1. §. 7. ne vis f. ei 43. 4.

38) Andererseits muß bei der actio ex stipulatu der Schaden innerhalb der gesetzten Frist eingetreten sein, während es bei der actio in factum gleichgiltig ist, zu welcher Zeit sich der Schaden ereignet, da es sich um eine Folge des Widerstands gegen den durch Nichtleistung der Caution begründeten Missionsbefehl handelt: es wird also die Caution als ohne Zeitgrenze geleistet fingirt.

sem Zeitpunkt kann er der einmal begründeten Klage durch Dereliction des Grundstücks sowenig entgehen, wie es der Cavent nach Abschluß der Stipulation kann:

l. 16. h. t.: Antequam damnum detur, impunitum est factum eius, qui neque promisit neque admisit in possessionem, si tamen ante damnum datum vel cavit vel possessione cessit.

Auch diese actio in factum fictitia geht wie das interdictum ne vis fiat ei qui in possessionem missus est und wie die actio in factum der l. 1. D. 43. 4.[39]) gegen jeden die Besitzergreifung Hindernden, nicht blos, wie bisweilen gesagt wird[40]), gegen den hindernden Cautionspflichtigen[41]). Die eigentliche Voraussetzung der Klage ist ja, wie wir sahen, lediglich das Hindern des missus: durch die Fassung, daß derjenige hafte, qui neque cavit neque in possessionem admisit, wird daran nichts geändert. Das non defendere paßt nicht minder auf den Dritten, der nicht cautionspflichtig ist. Wer ein Interesse hat, die Besitzergreifung des missus nicht zu dulden, der mag caviren, thue er das nun suo oder alieno nomine: hindert er den missus ohne dies, so muß er es sich ebenso wie der Cautionspflichtige selbst gefallen lassen, daß er behandelt wird als habe er cavirt. Nur wenn die Verhinderung von Seiten eines

39) l. 1. §. 2. in f. eod.

40) Vgl. z. B. Keller §. 162. bei Anm. 43. Aebli S. 43. a. E.

41) Die actio ex stipulatu geht natürlich nur gegen den Caventen, hier bei der actio in factum wird aber eben der Hindernde als cavirend behandelt.

Dritten in dem Auftrag und Willen des Cautionspflichtigen ihren Grund hat, dann haftet dieser allein:

l. 17. §. 1. 2. h. t.: Quid deinde, si procurator prohibuerit, utrum in ipsum an in dominum dabimus? sed verius est in ipsum dandam. Sed et in actore municipum tutore ceterisque, qui pro aliis interveniunt, idem erit dicendum.

l. 18. §. 14. eod.: Si mandatu meo alius prohibuerit, in me haec actio competit[42]).

Der Gedanke, auf dem diese durch das prätorische Edict über damnum infectum verheißene actio in factum fictitia beruht, der sie von der actio in factum der Lex Rubria unterscheidet[43]) und der nicht blos erklärt, daß sie neben dem interdictum ne vis fiat ei qui in possessionem missus est eingeführt ist, sondern auch, daß sie einen andern Character hat als die in den übrigen Fällen der missio in possessionem neben diesem Interdict gegebene actio in factum, ist folgender. Wenn der Cautionsanspruch vom Prätor als begründet befunden ist, so muß der Cautionspflichtige nothwendig eins von beiden thun: aut cavere aut aedibus carere. Cavirt er nicht, so wird angenommen, daß er sich für das letztere entscheide, und es erfolgt das Missionsdecret. Widersetzt er sich nun aber, ohne nachträglich — so lange dies überhaupt noch möglich ist, also bis zum zweiten Decret, — Caution zu leisten, auch dieser Con-

42) Vgl. auch l. 1. §. 7. ne vis f. ei 43. 4.: Si domini vel patris voluntate prohibitus quis sit a possessione, in ipsos dabitur actio, quasi per alios hoc fecerint.

43) S. oben Ziff. 8. bei Anm. 90

sequenz seines Nichtcavirens, der Besitzergreifung des missus, so kommt er in Widerspruch mit sich selbst: durch sein Nichtcaviren erklärt er, daß er sich seiner Sache nicht annehmen will, durch seinen Widerstand gegen die Besitzergreifung erklärt er, daß er die Sache doch für sich behalten will, und beides neben einander ist eben nicht zulässig. Es besteht nun eine doppelte Möglichkeit, wie man sich diesem Widerspruch gegenüber verhalten kann. Entweder hält man sich an diejenige Erklärung, die jedenfalls zweifellos und die erste ist, nämlich daß er nicht cavіren will, und sagt: folglich mußt du aedibus carere und dein Widerstand gegen die Besitzergreifung wird gebrochen. Das dazu dienende Mittel ist das Interdict: dieses bezweckt die factische Durchführung derjenigen Consequenz, welche das Nichtcaviren mit sich bringt. Oder man legt das Gewicht auf die letzte Erklärung, daß er nicht aedibus carere will, und hiervon ist die Consequenz, daß er cavіren muß: da er dies aber nicht freiwillig thut, so wird gegen seinen Willen angenommen, er habe es gethan, es wird gegen ihn die actio in factum fictitia gegeben. Dort wird er als preisgebend, hier als cavirend behandelt: nur kann er, falls es rechtzeitig geschieht, in beiden Fällen diese Folge abwenden, durch nachträgliches Caviren und durch nachträgliches Preisgeben. Lediglich von dem an der Besitzergreifung gehinderten missus hängt es ab, an welche jener beiden Erklärungen er sich halten will, ob er das Nichtcaviren, woraus das Preisgebenmüssen folgt, oder das Nichtpreisgeben, woraus das Cavirenmüssen folgt, zu betonen vorzieht, ob er also gegen den Hindernden das Interdict oder die actio in factum anstellen will. Hat er sich aber einmal für die Klage auf

Schadenserſatz entſchieden, ſo hat er keinen Anſpruch mehr auf den Beſitz des ſchadendrohenden Grundſtücks, ſo wenig wie wenn ihm wirklich cavirt wäre. Daher verliert der missus ex secundo decreto, der wegen der Beſitzentſetzung die actio in factum auf Schadenserſatz angeſtellt hat, das durch das zweite Decret am Grundſtück erworbene Recht: er muß wählen zwiſchen actio Publiciana und actio in factum, cum praetor id agat, ne damnum faciat actor, non ut in lucro versetur[44]), welch letztres der Fall ſein würde, wenn er neben der Leiſtung des Schadenserſatzes auch noch das Eigenthum des Grundſtücks behalten könnte.

§. 1681.

VI. Ausnahmsweiſe Hilfe in Fällen, wo die Maßregeln zur Sicherung gegen drohenden Schaden verabſäumt oder nicht vollſtändig durchgeführt ſind.

46. Die vollſtändige Durchführung der Cautionsforderung hat entweder die Leiſtung der cautio damni infecti oder den Verluſt des Eigenthums für den Impetraten und Erwerb deſſelben für den Bedrohten zur Folge. In beiden Fällen iſt der Impetrant, mag der Schaden wirklich eingetreten oder mag er durch die Vorkehrungen des Gegners oder ſeine eignen abgewendet worden ſein, genügend ſichergeſtellt. Nun kann es ſich aber ereignen, daß der Schaden eintritt, ehe der Cautionsanſpruch gehörig durchgeführt und Sicherſtellung des Bedrohten bewirkt iſt. Dieſes Nichtdurchführen kann ſich in verſchiedener Weiſe abſtufen.

44) l. 18. §. 15. h. t.

1) Der Schaden tritt ein, ehe der Bedrohte überhaupt den gerichtlichen Antrag auf Cautionsleistung gestellt hat.

2) Der Cautionsanspruch ist bereits beim Prätor geltend gemacht, aber es ist zur Zeit des sich ereignenden Schadens das Cautionsdecret noch nicht ertheilt.

3) Der Cautionsbefehl ist zwar erlassen, aber der Beklagte ist demselben nicht nachgekommen und ehe die Folge des Nichtcavirens durch das Missionsdecret ausgesprochen ist, stürzt das baufällige Haus ein.

4) Auch das Missionsdecret ist bereits erlassen aber der Schaden tritt ein, bevor dasselbe vom missus realisirt, bevor also der Besitz wirklich ergriffen ist.

In allen diesen Fällen ist das Princip das, daß der Verletzte unter der nicht vollständigen Durchführung des vor Eintritt des Schadens begründeten Anspruchs auf c. d. infecti auch nach Eintritt des Schadens dann nicht leiden soll, wenn ihn kein Vorwurf einer schuldhaften Versäumniß trifft: infolge des dem Institut der c. d. infecti zu Grund liegenden Princips der Billigkeit wird ihm aus Rücksicht darauf, daß er an dem Mangel genügender Sicherstellung nicht schuld ist, ebenso Hilfe gegen den eingetretenen Schaden gewährt, wie sie ihm gewährt worden wäre, wenn er sich durch Durchführung des Cautionsanspruchs gegen den drohenden Schaden gesichert hätte. Der Grundgedanke, daß dem Verletzten nicht ohne Weitres ein Anspruch auf Ersatz des durch leblose Sachen zugefügten Schadens zusteht, sondern ihm nur geholfen wird, wenn er sich zuvor geregt und durch Forderung der Caution für sich gesorgt hat, ist insofern aufrecht erhalten, als in diesen Ausnahmefällen die Vor-

aussetzung immer die ist, daß dem Verletzten daraus, daß er seinen Cautionsanspruch nicht gehörig durchgeführt hat, nicht der Vorwurf einer Nachlässigkeit gemacht werden kann. Die Grundsätze hierüber sind in den Quellen zerstreut[45]) und die Ansichten der Schriftsteller über die Voraussetzungen und die Beschaffenheit der hier gewährten Hilfe weichen vielfach von einander ab, die meisten Darstellungen dieser Lehre sind nicht frei von Irrthümern.

Betrachten wir diese verschiedenen Stufen des Nichtdurchführens des Cautionsanspruchs von da an, wo das gerichtliche Verfahren sein Ende erreicht hat, rückwärts bis zu der Stufe, wo ein gerichtlicher Schritt noch gar nicht gethan ist.

Der letzte Fall unter 4. — wenn es zur Zeit des Eintritts des befürchteten Schadens nur noch an dem durch das Missionsdecret gestatteten *venire in possessionem* fehlt — schließt sich eng an den am Schluß des vorigen Paragraphen besprochenen Fall der actio in factum fictitia an. Dort war der durch das prätorische Decret Immittirte an dem venire in possessionem durch den Widerstand des Gegners gehindert: er hat dann nicht blos das Recht den Widerstand durch das interdictum ne vis fiat zu brechen, sondern er kann, wenn inzwischen der Schaden eingetreten ist, die im Edict über damnum infectum für diesen

45) L. 9. pr. h. t. — l. 15. §. 28. h. t. — l. 15. §. 34. h. t. l. 4. §. 3. ne vis fiat 43. 4. — l. 15. §. 34. 35. h. t. l. 4. §. 4. ne vis fiat.

Fall gegebene actio in factum anstellen, wie wenn ihm vom Hindernden die Caution geleistet wäre, eine Klage, welcher der Beklagte natürlich jetzt, nach Eintritt des Schadens, nicht mehr durch Aufgeben seines Widerstands und durch Preisgeben des eingestürzten Gebäudes sich entziehen kann. Will aber der Verletzte von dieser Klage nicht Gebrauch machen, sondern sich auf das Missionsdecret stützend das venire in possessionem durch das Interdict erzwingen, so steht ihm das selbstverständlich offen, und der Gegner kann die Besitzergreifung und das Interdict nur dann vermeiden, wenn er jetzt zugleich für den bereits eingetretenen Schaden cavirt. Das Missionsdecret selbst verliert also seine Wirkung nicht dadurch, daß das Gebäude eingestürzt ist, der Befehl ne vis fiat ei qui in possessionem missus est kann auch jetzt noch erlassen werden und nur im Interesse des Verletzten, der durch den Erwerb der ruina weniger genügend gedeckt ist als durch den der aedes ruinosae, wird ihm auch die actio in factum auf Ersatz gegeben. — Gilt dies aber für den Fall, wo der Immittirte deshalb nicht in den Besitz des schadendrohenden Grundstücks gelangt ist, weil er durch den Widerstand des Gegners daran verhindert wurde, so liegt es nahe, das Gleiche auch dann gelten zu lassen, wenn ein andrer Grund das venire in possessionem vor Eintritt des Schadens gehindert, wenn ein andres äußeres Hinderniß, welches eben den Vorwurf einer Nachlässigkeit vom Verletzten abwendet, sich der Realisirung des Missionsdecrets entgegengestellt hat. Nach Analogie jenes Falls erscheint es von vornherein wahrscheinlich, daß dem Verletzten auf zweifache Weise geholfen wird: daß ihm entweder noch das venire in possessionem ruinae gestattet oder

daß ihm eine actio in factum auf Ersatz gegeben wird[46]).

Das wird denn auch durch die Quellen bestätigt. Von dem venire in possessionem ruinae spricht l. 15. §. 35. in f., l. 15. §. 34. med. und l. 44. pr. h. t.

— Eum, qui missus in possessionem non accesserit, si aedificia ruerint, beneficium praetoris amississe scribit. hoc ita accipiendum erit, si venire in possessionem neglexit, non si dum venit ruerunt (l. 15. §. 35.).

Si iam ruerunt aedes — magis est, ut mitti debeat — si, posteaquam decreverit praetor eum in possessionem mittendum, tunc aedes deciderint — (l. 15. §. 34.).

— Si cum praetor ut promitteres decrevisset et te non promittente ire me in possessionem iussisset, et prius, quam eo venissem, corruerunt, perinde omnia servanda esse existimavit, atque si posteaquam in possessionem venissem damnum datum esset (l. 44. pr.).

Daß aber auch die actio in factum in diesem Fall zulässig ist, sagt l. 4. §. 4. ne vis fiat 43. 4.:

Item subiectum, si ex alia causa in possessionem missus prohibitus esse dicetur, habere in factum actionem.

46) Die Wirkung des venire in possessionem ruinae muß dann die sein, daß der Verletzte, ganz so wie wenn der Einsturz erst nach der Besitzergreifung erfolgt wäre (l. 15. §. 31. h. t.), aus dem Besitz nicht zu weichen braucht, wenn ihm nicht de damno praeterito, repetita die, cavirt wird.

Letztres wird häufig verkannt und übersehen. Regelmäßig giebt man dem Immittirten nur die Befugniß zur Besitzergreifung auch nach erfolgtem Einsturz und beschränkt die Zulässigkeit der actio in factum auf den Fall, wenn ihm dabei ein Widerstand entgegengesetzt wird[47]). Es hängt das mit einem Mißverstehen der l. 4. §. 4. cit. zusammen. An sich läßt dieselbe eine doppelte Auffassung zu und beide Auffassungen finden sich schon in der Glosse. Entweder ist nämlich das ex alia causa auf missus in possessionem zu beziehen oder auf prohibitus. Im ersten Fall sagt die Stelle: auch wenn aus einem andern Grund als wegen nicht geleisteter c. d. infecti die missio in possessionem verfügt ist, hat der an der Besitzergreifung Gehinderte gegen den Hindernden eine actio in factum; im zweiten Fall ist der Sinn der: auch wenn der damni infecti causa in possessionem Mittirte aus einem andern Grund als durch den Widerstand des Gegners an der Besitzergreifung gehindert ist, steht ihm die actio in factum zu. Daß die Stelle nur in der letzten Weise aufzufassen ist, kann nach dem ganzen Zusammenhang der l. 4. keinem Zweifel unterliegen[48]). Ulpian spricht hier (lib. 69. ad edictum) speciell von der missio in possessionem wegen verweigerter c. d. infecti. Nachdem er im Anfang von dem zum Schutz des missus zustehenden Interdict gehandelt hat, sagt er im §. 2., daß der Prätor gegen den nicht Cavirenden und doch den

47) Bachofen Pfandrecht S. 372. Huschke Gajus S. 218. a. E. 219. i. Anf. Vangerow III. §. 678. Anm. IX. 3. Keller §. 162. bei Anm. 49.

48) So auch Schmidt Interdictenverf. S. 307. A. 25., aber ohne nähere Begründung.

missus nicht Zulassenden ein iudicium gebe in tantum quantum praestare eum oporteret, si de ea re cautum fuerat; der §. 3. erwähnt, daß dieses selbe iudicium in factum vom Prätor auch für einen andern Fall, wenn nämlich das Missionsdecret wegen Mangels der potestas praetorem adeundi nicht erwirkt werden konnte, proponirt worden sei. Und hieran schließt sich unser §. 4., der sich auf den §. 2. zurückbezieht und von einem prohiberi ex alia causa spricht. Wie sollte es denkbar sein, daß in dieser lediglich von der missio damni infecti causa handelnden Erörterung plötzlich von einer missio ex alia causa, also rei servandae oder legatorum causa die Rede wäre? Ja noch mehr. Die in §. 4. erwähnte actio in factum ist auf dasselbe gerichtet wie die des §. 2. und 3.: sie geht auf tantum quantum praestare eum oporteret si de ea re cautum fuerat. Nun wissen wir aber, daß die im Fall einer missio ex aliis causis gegebene actio in factum auf quanti res est gerichtet ist und einen von der unsrigen durchaus verschiedenen Character hat[49]). Folglich ist es unmöglich, das ex alia causa der l. 4. §. 4. auf missus in possessionem zu beziehen, und damit steht fest, daß der Immittirte, der auf andere Weise als durch den Widerstand des Gegners an der Besitzergreifung gehindert ist, neben der Möglichkeit noch in possessionem ruinae zu kommen auch durch eine actio in factum fictitia auf Ersatz geschützt wird[50]). —

49) Vgl. oben Ziff. 44. bei Anm. 14. Ziff. 45.

50) Noch weniger haltbar als die Ansicht, welche die l. 4. §. 4. auf missiones ex alia causa bezieht, ist diejenige, nach welcher der §. 4. von demselben Fall wie der §. 3. handelt. So Hesse Rechtsverh. I. S. 156.

Zwar paßt auf diesen Fall der Gedanke nicht, auf dem, wie wir sahen, die actio in factum gegen den die Besitzergreifung Hindernden beruht: von der Annahme, daß der nicht cavirende und doch der Folge des Nichtcavirens, dem Preisgeben der Sache, sich widersetzende Gegner durch seinen Widerstand die concludente Erklärung abgebe, er wolle die defensio der Sache übernehmen, kann hier, wo das Hinderniß der Besitzergreifung nicht von ihm ausgeht, natürlich nicht die Rede sein. Es ist eine andere Grundlage, auf welcher der Satz beruht, daß er sich unter Umständen auch hier als cavirend behandeln lassen muß und daß wie dort neben dem interdictum ne vis fiat so hier neben der Möglichkeit des venire in possessionem ruinae eine actio in factum auf Ersatz gegeben wird oder doch gegeben werden kann. So lange der Schaden noch nicht eingetreten ist, steht dem Cautionspflichtigen bis zum Erlaß des secundum decretum die freie Entscheidung darüber zu, ob er noch durch nachträgliche Cautionsleistung den Verlust seines Eigenthums abwenden und den Immittirten aus dem Besitz wieder verdrängen bezüglich die Besitzergreifung verhüten oder ob er sein Eigenthum wirklich preisgeben und das zweite Decret über sich ergehen lassen will. Diese Entscheidung könnte nun im Fall des bereits eingetretenen Schadens dem Cautionspflichtigen sehr leicht gemacht und dadurch der Verletzte, der ohne seine Schuld an der die Abwendung des Schadens ihm vielleicht er-

3. 5. a. E. und Aebli S. 44. In §. 4. ist von der bereits erfolgten missio, von dem missus, der prohibirt ist, die Rede, nicht wie in §. 3. von einem verhinderten Gesuch um Ertheilung der missio in possessionem.

möglichenden Besitzergreifung verhindert gewesen ist, in unbilliger Weise benachtheiligt sein, nämlich dann, wenn der Schaden größer ist als der Werth des Grundstücks nach dem Einsturz. Der Cautionspflichtige würde sich hier nicht besinnen, das venire in possessionem ruinae zu gestatten, und doch wäre damit dem Verletzten nur in ungenügender Weise geholfen. Daher verheißt der Prätor auch in diesem Fall, wie in dem der Verhinderung durch den Widerstand des Gegners, eine actio in factum auf Ersatz, wie wenn vorher cavirt worden wäre. — Aber einen Unterschied zwischen beiden Fällen muß man, gerade wegen der verschiedenen Grundlage der einen und der andern Klage, doch wohl annehmen, obgleich hierüber in den Quellen nichts gesagt ist: jene actio in factum gegen den prohibens stellt der Verletzte nach seiner eignen Wahl statt des Interdicts an, hingegen steht ihm dann, wenn er aus andern Gründen am rechtzeitigen venire in possessionem gehindert war, nicht die Entscheidung darüber zu, ob er den Besitz der ruina oder Schadensersatz erlangt, vielmehr hängt dies — wie wir es im Folgenden in gleicher Weise in den Fällen des Einsturzes vor ertheiltem Missionsdecret und vor ertheiltem Cautionsdecret kennen lernen werden — vom Ermessen des Prätors ab, der bei dieser Entscheidung eben darauf Gewicht legt, ob der Verletzte durch Erlangung der possessio ruinae genügend gedeckt ist oder nicht. Von selbst versteht es sich, daß, wenn der Prätor sich einmal für die Zulässigkeit der im Augenblick des Eintritts des Schadens begründeten actio in factum entschieden hat, der Cautionspflichtige sich nicht mehr durch Dereliction frei machen kann: dieser Klage kann er sich nur durch Preisgeben der Sache antequam

damnum datur entziehen[51]). Nicht überflüssig ist es, namentlich wegen des folgenden Falls, wo die Frage bestritten ist, besonders darauf aufmerksam zu machen, daß die Wirksamkeit der missio durch den Einsturz nicht beseitigt wird und daß neben der actio in factum auch das venire in possessionem noch möglich ist, obgleich die l. 4. §. 4. cit. lediglich von der actio in factum spricht[52]).

47. Der nächste Schritt rückwärts führt uns zu dem Fall unter 3, wenn der Schaden eintritt, nachdem das Cautionsdecret, aber bevor das Missionsdecret ertheilt ist. Auch hier ist es eine

51) Gerade das wird oft verkannt und von Vielen hier wie in den folgenden Fällen — wenn der Schaden vor dem Missionsdecret und wenn er vor dem Cautionsdecret eingetreten ist — von dem Recht durch Dereliction die actio in factum zu vermeiden gesprochen. Es kann sich nach Eintritt des Schadens nur darum handeln, ob die actio in factum ertheilt wird oder der Verletzte auf das venire in possessionem ruinae beschränkt ist: im letzteren Fall wird der Cautionspflichtige eben frei, wenn er der Besitzergreifung keinen Widerstand entgegensetzt; entscheidet sich aber der Prätor dafür, daß der Verletzte sich mit der possessio ruinae nicht zu begnügen braucht, sondern ihm durch die actio in factum auf Ersatz geholfen werden soll, so kann sich der Gegner von dieser Klage natürlich nicht durch Preisgeben der ruina frei machen.

52) Ulpian hatte hier gar keine Veranlassung die Zulässigkeit des venire in possessionem zu betonen: er spricht von der actio in factum gegen den prohibens und erwähnt dabei, daß diese Klage auch dann zustehe, wenn der Mittirte ex alia causa prohibirt sei.

Forderung der Billigkeit, daß dem Verletzten, der ohne sein Verschulden an der Auswirkung des die Besitzergreifung gestattenden Decrets gehindert war, Hilfe gewährt wird. Auf einen Fall dieser Art bezieht sich die l. 4. §. 3. ne vis fiat 43. 4.:

> Sed et ex alia causa (cfr. §. 2.) hoc iudicium proposuit, si eo tempore, quo in possessionem mitti desiderabat, praetoris adeundi potestas non fuerit, scilicet ut, si, cum potestas praetoris adeundi non esset, damnum interim datum est, haberet iudicium qui damnum passus est.

Merkwürdiger Weise wird von Manchen dieser Fall, Eintritt des Schadens zwischen Cautions- und Missionsdecret, gar nicht erwähnt[53]). Bachofen[54]), der ihn berücksichtigt, behauptet, daß sich für denselben in den Pandecten keine ausdrückliche Bestimmung finde und daß wir auf die rechtliche Würdigung der Verhältnisse hingewiesen seien, welche zu einer Fiction des schon erfolgten Abschlusses der c. d. infecti hinführe. Und doch sagt die l. 4. §. 4. cit. mit klaren Worten, daß in diesem Fall, ebenso wie wenn nach erfolgtem Missionsdecret der Besitzergreifung Widerstand entgegengesetzt werde, nach der Bestimmung des prätorischen Edicts eine actio in factum in tantum quantum praestare eum oporteret, si de ea re cautum fuerat, zustehe[55]). Allerdings

53) Vgl. z. B. Donell, Keller, Arndts, Vangerow.

54) Pfandrecht S. 369. 370.

55) Bachofens Behauptung ist um so auffallender als er S. 372. Anm. 5. selbst sagt, daß wir jene Fiction in zwei Anwendungen fänden, wovon die erste in l. 4.

spricht nun unsere Stelle nur von einem ganz speciellen Fall: wenn der Verletzte deshalb das Missionsdecret nicht auswirken konnte, weil zur Zeit, als er es fordern wollte, die potestas praetoris adeundi fehlte d. h. in der Person des Prätors das Hinderniß der rechtzeitigen Erwirkung des Missionsdecrets lag. Dasselbe muß aber unzweifelhaft auch dann angenommen werden, wenn ein anderer Grund die rechtzeitige Forderung des Missionsdecrets verhinderte: denn der der Bestimmung der l. 4. §. 3. zu Grund liegende Gedanke ist doch der, daß demjenigen geholfen werden soll, der ohne sein Verschulden das Missionsdecret nicht rechtzeitig erlangt hat[56]). — Von denjenigen nun, welche überhaupt dem hier behandelten Fall des Eintritts des Schadens vor ertheiltem Missionsdecret eine besondere Besprechung widmen, wird allgemein angenommen, daß dem Verletzten eben nur in der Weise geholfen werde, wie es die l. 4. §. 3. cit. angiebt, durch eine actio in factum auf Ersatz[57]): es wird von ihnen zum Theil ausdrücklich aus-

§. 2. ne vis f. 43. 4. l. 15. §. 36. h. t., die zweite in unserer l. 4. §. 3. enthalten sei.

56) Dies gilt zunächst für den Fall, wo alle rechtlichen Voraussetzungen für das Gesuch um missio in possessionem vorliegen und der Berechtigte nur factisch an dem Gesuch gehindert war. Ebenso muß es aber auch gelten, wenn die für die Leistung der Caution gesetzte Frist zur Zeit des Eintritts des Schadens noch nicht abgelaufen war, also ein rechtliches Hinderniß dem Gesuch um missio entgegenstand: denn diese Frist ändert an der anerkannten Pflicht zur Cautionsleistung nichts.

57) Voet ad h. t. §. 14. Huschke Gajus S. 218. Hesse Rechtsverh. I. S. 152 ff. Bachofen S. 370 ff.

gesprochen, daß eine missio in possessionem hier nicht mehr stattfinden könne. Bachofen (Seite 372) stellt den allgemeinen Satz auf, ein Missionsdecret erfolge nur da, wo der gefürchtete Schaden noch nicht eingetreten sei: sowohl wenn der Einsturz vor dem Cautionsgesuch, als wenn er nach dem Cautionsgesuch aber vor dem Cautionsdecret, als auch endlich wenn er nach dem Cautionsdecret aber vor dem Missionsdecret sich ereigne, werde an eine Mission nicht gedacht. Diese Behauptung ist unrichtig. Im Folgenden werden wir beweisen, daß im Fall des Einsturzes vor Cautionsgesuch wie vor Cautionsdecret das Missionsdecret ertheilt wird oder ertheilt werden kann, nur daß dann die Alternative nicht die ist: cavere de damno infecto aut aedibus carere, sondern die: cavere de damno praeterito aut aedibus carere. In gleicher Weise ist auch im Fall des Eintritts des Schadens in der Zeit zwischen dem Cautions- und Missionsdecret die Ertheilung des letztern noch möglich, nur daß statt desselben hier ebenso wie im Fall des Einsturzes in der Zeit zwischen dem Cautionsgesuch und Cautionsdecret auch eine actio in factum gegeben werden kann. Dadurch, daß in der l. 4. §. 3. cit. nur von dieser actio in factum gesprochen wird, ist die Möglichkeit des Missionsdecrets nicht ausgeschlossen. Ulpian erörtert in l. 4. pr. — §. 2. die Schutzmittel, die dem missus gegen den Widerstand des Gegners zustehen, das interdictum ne vis fiat und die actio in factum, von dieser actio in factum sagt er in §. 3., daß der Prätor sie auch ex alia causa proponirt habe, si cum potestas praetoris adeundi non esset, damnum interim datum est: von der missio und ihrer Zulässigkeit neben der actio in factum zu sprechen hatte er keine Ver-

anlassung, er erwähnt dieselbe hier so wenig wie er in dem §. 4, wo er von der actio in factum des aus einem andern Grund als durch den Widerstand des Gegners am venire in possessionem gehinderten missus spricht, hervorhebt, daß auch das venire in possessionem noch möglich sei, während dies doch nach seinen eigenen Ausführungen in l. 15. §. 34. 35. h. t. der Fall ist. Warum also soll, wenn in dem Schweigen der l. 4. §. 3. kein Argument liegt, die Ertheilung des Missionsdecrets, falls der Verletzte in possessionem ruinae mittirt zu werden verlangt, unzulässig sein? Die Stütze für diese Ansicht ist die l. 15. §. 34. 35. h. t., sowie die — allerdings von einem andern Fall, dem Einsturz vor Ertheilung des Cautionsdecrets, sprechende, aber doch mit hierher gezogene — l. 15. §. 28. h. t.[58]). Lassen wir diese Stellen, die richtig verstanden das, was sie beweisen sollen, nicht beweisen, vorläufig unberücksichtigt und untersuchen wir, wie wir nach allgemeinen Grundsätzen diese Frage zu entscheiden haben würden.

Die gegnerische Ansicht, daß bei Einsturz nach dem Cautionsdecret und vor dem Missionsdecret der Verletzte nicht mehr die missio in possessionem auswirken könne, sondern auf die actio in factum angewiesen sei, beruht auf der Anschauung, daß überhaupt eine missio in possessionem ruinae nicht stattfinden könne. Läßt sich der Beweis erbringen, daß es doch Fälle giebt, in denen das Missionsdecret ertheilt wird, nachdem bereits der Ein-

58) Allerdings würde die l. 15. §. 28., wenn sie wirklich das sagte, was man gewöhnlich in ihr gesagt findet — daß nämlich überhaupt nach Eintritt des Schadens keine missio ertheilt werden könne — auch hierfür verwendbar sein.

ſturz des ſchadendrohenden Gebäudes erfolgt iſt, ſo hat jene Anſicht ihr inneres Fundament verloren und wir werden die Stellen, welche die äußere Stütze für dieſelbe bilden ſollen, mit kritiſcherem Auge betrachten. Jener Beweis iſt aber nicht ſchwer zu führen. Zunächſt iſt die missio ex secundo decreto nicht davon abhängig, daß der Schaden noch nicht eingetreten iſt. Wenn der Cautionsberechtigte auf Grund des erſten Decrets den Beſitz ergriffen hat und danach das Gebäude eingeſtürzt iſt, ſo braucht er non prius decedere quam si ei caveatur etiam de eo damno, quod contigit, posteaquam missus est in possessionem[59]: wird ihm in dieſer Weiſe nicht cavirt, ſo kommt es zur missio ex secundo decreto, der Cautionspflichtige hat ſich durch ſein Nichtcaviren für das aedibus carere entſchieden und das Eigenthum geht infolge des zweiten Decrets auf den Cautionsberechtigten über. Alſo wird doch ex secundo decreto in possessionem ruinae mittirt. Iſt aber dies möglich, weßhalb ſoll nicht auch die missio ex primo decreto, die ja nur die Vorſtufe für jene bildet, nach Eintritt des Schadens erfolgen können? Für die Zuläſſigkeit der missio ex primo decreto in dieſem Fall ſpricht ſodann der Umſtand, daß keineswegs immer mit dem einmal erfolgten Einſturz alle Gefahr erſchöpft iſt: es kann noch mehr einſtürzen und wegen dieſer noch drohenden Gefahr bleibt die Verpflichtung de damno infecto zu caviren beſtehen, die Folge des Nichtleiſtens dieſer Caution iſt aber unzweifelhaft die missio in possessionem, alſo wieder eine missio in possessionem ruinae. Welchen Unterſchied ſoll es aber in Bezug auf die Zu-

59) l. 15. §. 31. h. t.

läſſigkeit einer ſolchen machen, ob neben dem damnum iam factum noch ein damnum infectum übrig bleibt oder ob der Einſturz ſo vollſtändig war, daß ein weiterer nicht zu befürchten iſt? Endlich giebt es, wie wir ſehen werden, unzweifelhaft eine missio ex primo decreto in possessionem ruinae in den beiden im Folgenden zu betrachtenden Fällen, da wo der Einſturz vor dem Cautionsdecret und da, wo er vor dem Cautionsgeſuch erfolgt iſt. Es wird in dieſen Fällen eine cautio de damno praeterito aufgelegt: im letztern Fall iſt dies die alleinige Hilfe für den Verletzten[60]), im erſteren kann nach dem Ermeſſen des Prätors auf cautio de damno praeterito oder auf actio in factum erkannt werden[61]). Was aber ſoll da, wo die c. de damno praeterito aufgelegt iſt, die Folge des Nichtleiſtens dieſer Caution ſein? Die bisweilen aufgeſtellte Behauptung, daß der Zwang zur Leiſtung derſelben durch die actio in factum geübt werde, indem der Prätor für den Fall des Nichtcavirens dieſe Klage in Ausſicht ſtelle, iſt unhaltbar. Die in l. 15. §. 28. h. t. alternativ neben der cautio de damno praeterito erwähnte actio in factum wird vom Prätor nur gegeben, wenn er dieſe Klage für vortheilhafter hält als das Auflegen der Caution wegen des eingetretenen Schadens: der Prätor trifft, wenn während der Verhandlung über das Geſuch um c. de damno infecto der Schaden eintritt, die Entſcheidung, ob er eine c. de damno praeterito decretirt oder eine Klage auf Erſatz giebt — hat er ſich für das erſtere entſchieden, ſo iſt eben von der actio in factum

60) l. 9. pr. h. t.
61) l. 15. §. 28. h. t.

keine Rede mehr. Und im Fall des Eintritts des Schadens vor dem Cautionsgesuch giebt es nicht einmal eine actio in factum, sondern es wird dann lediglich die cautio de damno praeterito decretirt. Nicht minder unrichtig ist es, wenn Bachofen (S. 370) als Zwangsmittel zur Ueberwindung des Ungehorsams ein Interdict annimmt. Er meint ein Interdict der Art, wie es in l. 7. §. 2. h. t.[62]) erwähnt wird: aber durch dieses Interdict wird nicht die Leistung der c. de damno praeterito erzwungen, sondern das tollere der auf das Grundstück des Verletzten herübergestürzten rudera. Welche Art von Interdict sollte das auch sein, wodurch Jemand gezwungen würde, die ihm anbefohlene Caution zu leisten? Im Fall der l. 7. §. 2. h. t. ist das Interdict ein restitutorisches: dem Nachbar wird befohlen, den frühern Zustand wieder herzustellen durch tollere der rudera, nur mit der Möglichkeit sich der Befolgung dieses Befehls durch totas aedes pro derelicto habere zu entziehen; ein Interdict aber, durch welches die Leistung der decretirten Caution erzwungen würde, ist nicht denkbar, man verstände denn dieses Interdict von dem Befehl des Prätors, der wegen Nichtleistung der Caution die Besitzergreifung Seitens des Cautionsberechtigten gestattet: das wäre aber eben nichts andres als das von Bachofen geleugnete Missionsdecret. In der That wird die cautio de damno praeterito ganz in derselben Weise erzwungen wie die cautio de damno infecto: wird nicht cavirt, so erfolgt missio in possessionem.

62) Interdictum reddendum ei, in cuius aedes rudera decidissent, per quod vicinus compelletur aut tollere aut totas aedes pro derelicto habere.

In der l. 15. §. 28. h. t., die von dem Fall des Einsturzes während der gerichtlichen Verhandlung auf das Cautionsgesuch spricht, wird über das Mittel zur Erzwingung der anbefohlenen cautio de damno praeterito nichts gesagt[63]), hingegen spricht die von dem Fall des Einsturzes vor Erhebung des Antrags auf Caution handelnde l. 9. pr. h. t. mit voller Deutlichkeit aus, daß die Folge des Nichtleistens der vom Prätor decretirten c. de damno praeterito die missio in possessionem ist. Wenn der Verletzte propter aliquod impedimentum sibi non prospexit, so soll er wegen des bereits eingetretenen Schadens Ersatz verlangen können, es soll ihm, was er re integra verlangen würde, auch post ruinam aedium gewährt werden: re integra aber muß der Gegner de damno infecto cavere aut aedibus carere, demnach sorgt der Prätor dafür, daß nach bereits erfolgtem Einsturz dominus vitiosarum aedium aut damnum sarciat (de praeterito damno caveat) aut aedibus careat. Die Folge des Nichtcavirens de damno praeterito ist also dieselbe wie die des Nichtcavirens de damno infecto, das aedibus carere, und dieses wird eben auf dem Wege der missio in possessionem herbeigeführt. Danach steht aber unzweifelhaft fest, daß es eine missio in possessionem ruinae giebt.

Wenn nun aber das Missionsdecret in dem Fall verlangt werden kann, wo das Cautionsdecret nach schon erfolgtem Einsturz ertheilt war, weshalb soll es nicht auch dann gefordert werden dürfen, wenn der Schaden

63) Daß diese Stelle in den Worten ‚missio quidem cessabit' nicht die Zulässigkeit der missio in possessionem wegen der aufgelegten cautio de damno praeterito leugnen will, werden wir im Folgenden sehen.

eintritt, nachdem bereits durch das prätorische Decret die Verpflichtung zur Leistung der c. d. infecti aufgelegt war? Bachofen (S. 370) meint: der Abschluß der auferlegten Stipulation sei völlig überflüssig, da sie auf den bevorstehenden, nicht aber auf den schon erfolgten Schaden gerichtet sei, und es könne deshalb auch von einem Zwang durch missio nicht weiter die Rede sein. Diese Argumentation beruht auf einer völligen Verkennung des Verhältnisses. Gewiß ist es richtig, was Bachofen weiter sagt, daß der Prätor hier nicht, wie im Fall der l. 15. §. 28. h. t., eine cautio de damno praeterito auferlegt, da zwei Stipulationen über denselben Schaden, die eine für die Zukunft, die andere für die Vergangenheit, nicht vereinbar seien. Aber es bedarf auch der Auferlegung einer c. de damno praeterito nicht, damit dem Verletzten neben der actio in factum noch eine andere Hilfe gewährt sei. Der Beklagte war durch das Cautionsdecret de damno infecto verpflichtet, den Kläger gegen den drohenden Schaden sicherzustellen: ist er dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, so ist der Kläger berechtigt, die missio in possessionem wegen Nichtleistens der c. damni infecti zu verlangen. Die Voraussetzung für die missio (eum cui ita non cavebitur, in possessionem ire iubebo) liegt vor und hieran wird dadurch, daß der Schaden eingetreten ist, bevor noch dem Berechtigten der Missionsantrag factisch möglich war, nichts geändert: die Folge des Nichtcavirens, daß der Verpflichtete dann aedibus carere muß, bleibt nach wie vor dieselbe. Nur eins ändert sich. Zu dem aedibus carere, dem definitiven Verlust des Eigenthums, kommt es erst infolge des zweiten Decrets, bis zu diesem Zeitpunkt ist die nachträgliche Leistung der an-

befohlenen Caution noch möglich. Wenn nun der Schaden zur Zeit, wo das Missionsgesuch rechtlich begründet ist, noch nicht eingetreten war, so wendet der Cautionspflichtige das Missionsdecret durch Leistung der c. damni infecti ab, wie er dadurch vor Eintritt des Schadens die Realisirung des ertheilten Missionsdecrets, das venire in possessionem, verhindert und auch die bereits erfolgte Besitzergreifung wieder aufhebt und das decedere de possessione herbeiführt. Anders ist es, wenn zur Zeit des Missionsgesuchs der Schaden schon eingetreten ist. Das durch das bisherige Nichtcaviren einmal rechtlich begründete Missionsgesuch kann jetzt nicht durch Leistung der Caution wegen des künftigen Schadens abgewendet werden, sondern der Beklagte muß nunmehr — sei es allein, sei es, wenn noch fernerer Schaden droht, zugleich mit der c. d. infecti — eine cautio de damno praeterito leisten. Eines neuen diese c. de damno praeterito anbefehlenden Decrets bedarf es hier ebensowenig wie in dem Fall, wo der missus ex primo decreto bereits Besitz ergriffen hat: wie in diesem Fall nach l. 15. §. 31. h. t. die Wirkung des realisirten Missionsdecrets nur dadurch wieder beseitigt und ein possessione decedere nur dadurch herbeigeführt werden kann, daß etiam de eo damno, quod contigit, postea-quam missus est in possessionem, cavirt wird, so wird der einmal begründete Anspruch auf Ertheilung des Missionsdecrets nur dadurch aufgehoben, daß Ersatz des bereits erlittenen Schadens versprochen wird — es ist hier wie dort repetita die promittendum. Auch in jenem Fall der l. 15. §. 31. h. t. legt ja wie hier das prätorische Decret dem Wortlaut nach nur die Verpflichtung zur cautio damni infecti auf und doch muß

zur Beseitigung der Folge des Nichtcavirens de damno infecto nunmehr die cautio de damno praeterito geleistet werden. Warum aber ist dies der Fall, warum kann nach Eintritt des Schadens das possessione decedere nur durch Leistung der Caution auch wegen des bereits zugefügten Schadens erreicht werden? Einfach deshalb, weil dies im Sinn des die c. damni infecti anbefehlenden Decrets liegt. Wenn der Prätor die Verpflichtung zur Cautionsleistung wegen des künftigen Schadens auflegt, so ist damit der Schaden gemeint, der vom Cautionsdecret an als künftiger in Betracht kommt: nicht der Zeitpunkt, wo der Cautionspflichtige sich zur Leistung der Caution bereit erklärt, sondern der Zeitpunkt, wo der Prätor das Cautionsdecret ertheilt, ist maßgebend für die Frage, ob etwas damnum futurum im Sinn des prätorischen Decrets ist. Soll dann nach Eintritt des Schadens die Caution geleistet und dadurch die erkannte und vollzogene missio aufgehoben werden, so erscheint natürlich der Schaden, der vom Standpunkt des prätorischen Decrets ein damnum infectum war, jetzt als damnum iam factum: dem prätorischen Decret wird also nur dann genügend Folge geleistet, wenn die Stipulation zugleich auf damnum praeteritum d. h. auf den seit dem Cautionsdecret eingetretenen Schaden mit gerichtet ist[64]). Ganz dasselbe gilt aber auch

64) Dem steht nicht etwa l. 15. §. 31. 32. h. t., wo gefragt wird, utrum ex quo in possessionem ventum est an vero ex quo praetor decrevit, ut eatur in possessionem, damni ratio habeatur, entgegen. Denn hier ist schon vor Eintritt des Schadens das Missions-

für den Fall, wenn der Einsturz erfolgt, ehe noch der durch das Nichtleisten der Caution rechtlich begründete Anspruch auf Ertheilung des Missionsdecrets geltend gemacht werden konnte. Dieser Anspruch wird durch den Eintritt des Schadens nicht beseitigt, er kann nur dadurch aufgehoben werden, daß der Gegner jetzt noch das thut, was er hätte thun müssen, um den Anspruch auf missio in possessionem gar nicht zur Existenz kommen zu lassen, daß er also nachträglich dem prätorischen Befehl nachkommt: dieser Befehl ging aber darauf, für den zur Zeit der Erlassung desselben in der Zukunft liegenden Schaden zu caviren, und diesem Befehl ist, falls nicht vor Eintritt des Schadens cavirt wird, nur dann vollständig Gehorsam geleistet, wenn das Versprechen zugleich auf Ersatz des nach Erlassung desselben eingetretenen Schadens gerichtet wird. Geschieht dies nicht, so tritt die im Edict vorgesehene Folge des Nichtcavirens ein: der Cautionspflichtige muß dann aedibus carere, es erfolgt die missio in possessionem.

Haben wir sonach aus innern Gründen das Resultat gewonnen, daß in dem Fall, wo der Schaden in der Zeit zwischen dem Cautions- und Missionsdecret sich ereignet, die Ertheilung des Missionsdecrets zulässig und daß dies vollkommen dem Gedanken des prätorischen Edicts entsprechend ist, so bleibt nur noch die Beweiskraft der Stelle zu prüfen, auf welche sich die gegentheilige Ansicht stützt. Gegenüber den angeführten Gründen, welche jener Ansicht durch den Nachweis, daß in andern Fällen auch nach Eintritt des Schadens die

decret ertheilt, es braucht also hier nicht auf den Zeitpunct des Missionsdecrets zurückgegangen zu werden.

missio in possessionem ruinae verfügt wird, das Hauptfundament entzogen haben, muß es von vornherein kaum glaublich erscheinen, daß in diesem Fall der Erlaß des Missionsdecrets von einem römischen Juristen für unstatthaft erklärt sein sollte. Es müßte eine sehr deutlich sprechende und keinen Zweifel lassende Stelle sein, damit sie jenes Resultat zu erschüttern im Stande wäre, und wenn sich wirklich der unzweifelhafte Ausspruch eines römischen Juristen über die Unzulässigkeit des Missionsdecrets in diesem Fall fände, so würde man nur sagen können, daß dies eine innerlich ungerechtfertigte Behauptung sei. Die Stelle, auf welche die Gegner sich berufen, ist die l. 15. §. 34. h. t. (Ulpian):

Si iam ruerunt aedes, an in possessionem ruinae vel areae mittendus sit nihilo minus is, cui cautum non est, videamus. et magis est, ut mitti debeat, et ita Labeo: sed adicit, si, posteaquam decreverit praetor eum in possessionem mittendum, tunc aedes deciderint: et puto Labeonis sententiam veram. —

Die Stelle läßt an sich eine doppelte Auffassung zu. Die auf den ersten Blick allerdings am nächsten liegende wird von den Gegnern als unzweifelhaft angesehen. Danach sagt Labeo unter Billigung Ulpians: die Ertheilung des Missionsdecrets ist nach erfolgtem Einsturz unzulässig, nur das venire in possessionem ist noch möglich, wenn nach bereits ertheiltem Missionsdecret der Einsturz erfolgt ist. Diese Auffassung setzt voraus, daß das ‚an in possessionem ruinae mittendus sit' und das ‚mitti debeat' nicht von der Ertheilung des Missionsdecrets, sondern von der Realisirung des-

selben, dem venire in possessionem, verstanden wird, denn sonst wäre ja gesagt: die Ertheilung des Missionsdecrets nach dem Einsturz ist nur dann statthaft, wenn das Missionsdecret vor dem Einsturz ertheilt ist. Nun ist es aber gewiß schon an sich bedenklich, den Ausdruck in possessionem mittendus est von dem venire in possessionem im Gegensatz zur Verfügung der missio durch den Prätor zu verstehen, und noch bedenklicher ist es im Zusammenhang dieser Stelle. Ulpian fragt, ob nach Einsturz des Gebäudes der Cautionsberechtigte, dem nicht cavirt worden ist, in possessionem ruinae zu immittiren ist; er beantwortet die Frage mit Ja und giebt an, daß Labeo derselben Ansicht sei. Hätten wir nur diesen Satz, so würde ein Zweifel darüber gar nicht möglich sein, daß Ulpian von der Ertheilung des Missionsdecrets spricht: es ist dem Cautionsberechtigten die Caution nicht geleistet, dadurch ist der Anspruch auf missio begründet — bleibt dieser Anspruch bestehen, auch wenn vor seiner Geltendmachung das schadendrohende Haus, wegen dessen cavirt werden sollte, eingestürzt ist? Das ist die Frage und diese Frage wird bejaht, wie sie aus innern Gründen nach unsern obigen Ausführungen bejaht werden muß. Dieser einfache und innerlich begründete Satz würde in das directe Gegentheil verwandelt werden, wenn man die folgenden Worte ‚sed adicit etc.' von einem denselben einschränkenden Zusatz verstehen wollte, welcher sagte: jener erste Satz ist nur unter der Voraussetzung richtig, daß der Einsturz erfolgt, nachdem der Cautionsberechtigte bereits mittirt, das Missionsdecret bereits ertheilt ist. Wie geschraubt wäre diese Wendung, um den Gedanken auszudrücken: das Missionsdecret kann nach Eintritt des Schadens nicht

mehr ertheilt werden, nur das venire in possessionem ist noch möglich, wenn die missio schon verfügt war und vor Ergreifung des Besitzes der Einsturz erfolgt! Sodann wäre ja durch diesen Satz das allgemeine Princip ausgesprochen, daß nach Eintritt des Schadens ein Missionsdecret nicht mehr erlassen werden könne: daß dies nicht richtig ist, indem jedenfalls da, wo eine cautio de damno praeterito aufgelegt wird, eine missio in possessionem ruinae stattfindet, haben wir oben gesehen, und ein Grund in dieser Beziehung einen Unterschied zwischen Nichtleistung der cautio damni infecti und der cautio de damno praeterito zu statuiren existirt nicht. Wir sind somit nothwendig zu einer andern Auffassung der l. 15. §. 34. gedrängt. Das Sed adicit etc. ist nicht ein Zusatz, der jenen ersten Satz einschränkt, sondern ein Zusatz, der ihn erweitert. Der Einsturz ist erfolgt, ehe cavirt ist — Ulpian sagt mit Labeo: es wird in possessionem ruinae mittirt, d. h. es wird das Missionsdecret ertheilt, weil eben die Voraussetzung, das Nichtcaviren, vorliegt; Labeo fügt noch hinzu, was Ulpian für richtig erklärt: „auch wenn der Schaden nach dem Missionsdecret eintritt", nämlich auch dann wird mittirt, d. h. die missio bleibt in Kraft und kann realisirt werden, ein Satz, den Ulpian am Schluß des folgenden Paragraphen in andrer Wendung wiederholt. Offenbar ist eher statthaft, dies aus dem Ausdruck mittendus est und mitti debet, wodurch wenigstens neben der Ertheilung des Missionsdecrets zugleich die Realisirung desselben bezeichnet werden kann, zu supplíren, als jenen Ausdruck ausschließlich vom venire in possessionem zu verstehen und darauf zu beschränken, und die innern Gründe, welche die Unzulässigkeit des

Missionsdecrets nach Eintritt des Schadens anzunehmen verbieten, fordern diese Interpretation[65]).

Bei dieser Auffassung bestätigt also die l. 15. §. 34. unsere bereits als innerlich begründet nachgewiesene Behauptung, daß, wenn der Einsturz nach Ertheilung des Cautionsdecrets erfolgt, die Verfügung der missio in possessionem noch verlangt werden kann. Eine andere Frage ist, ob der Verletzte hierauf beschränkt ist. Derselbe Grund, der im Fall 4. (Eintritt des Schadens nach dem Missionsdecret, aber vor der Besitzergreifung) das venire in possessionem als unzureichende Hilfe erscheinen lassen und den Prätor zur Gewährung einer actio in factum bewegen kann — weil nämlich unter Umständen, wenn die Höhe des Schadens größer ist als der Werth der ruina, der Verletzte durch den Erwerb der ruina nicht genügend gedeckt ist —, derselbe Grund kann auch hier bewirken, daß der Prätor statt das Missionsdecret zu ertheilen die actio in factum auf Ersatz giebt, wie dies die l. 4. §. 3. ne vis fiat 43. 4. für den Fall, si cum praetoris adeundi potestas non esset, damnum interim datum est, ausspricht. Daß dies aber, wie allgemein angenommen wird, immer ge-

65) Auch in der Fortsetzung der l. 15. §. 34. liegt wohl ein Argument für unsere Auffassung: proinde et si refecit aliquid, erit probandum non prius eum discessurum quam si ei sarciatur et de praeterito caveatur. Es sind dann die drei Stadien berücksichtigt: es ist noch nicht das Missionsdecret ertheilt — es ist noch nicht ventum in possessionem — es ist schon Besitz ergriffen. — Ueber die zur Unterstützung der gegnerischen Ansicht herangezogene l. 15. §. 28. h. t. s. im Folgenden.

schehe und die actio in factum das dem Verletzten stets und allein zustehende Rechtsmittel sei, ist nach dem Bisherigen unbegründet.

48. Mit dem Fall unter 2. — wenn der Cautionsantrag bereits gestellt ist, aber vor Ertheilung des die Verpflichtung zur cautio damni infecti auferlegenden Decrets, ohne daß also dem Cautionsberechtigten die Verzögerung zur Last fällt, der Schaden eintritt — beschäftigt sich die l. 15. §. 28. h. t. (Ulpian):

> Eleganter quaeritur, si, dum praetor de danda stipulatione deliberat, damnum contigerit, an sarciri possit. et missio quidem cessabit: praetor tamen decernere debet, quidquid damni contigerit, ut de eo quoque caveatur, aut, si putat, quod utiliter actionem daturus sit, decernat.

Die Ansicht mancher, namentlich älterer Schriftsteller[66]) über das in der vorstehenden Stelle in Bezug auf unsern Fall Bestimmte geht dahin, daß der Prätor dem Beklagten befehle, wegen des eingetretenen Schadens zu caviren, und daß er, wenn nicht cavirt wird, eine Klage auf Ersatz des Schadens gebe. Auch Huschke[67]) meint, daß die Stelle in der Fassung, wie sie uns vorliege, diesen Sinn habe; nach ihm sollen die Worte ‚aut si putat, quod utiliter actionem daturus sit, decernat' nach der Absicht dessen, der sie so gefaßt habe, sagen: der Prätor könne für den Fall, daß die von ihm wegen

66) Z. B. Donell Comm. XV. c. 47. §. 20.
67) Gajus S. 218.

des schon geschehenen Schadens aufgelegte Caution nicht geleistet werde, mit Ertheilung einer actio utilis drohen. Da aber Huschke mit Recht dies für eine schwer zu rechtfertigende Ansicht erklärt, so hält er die angeführten Worte für corrumpirt aus ‚aut si recusatur, quod utilitatis ratio ei suasura, decernat'. Zu einer solchen Textänderung — durch welche überdies gar nichts gewonnen wird, da ja dann gerade die Frage, was im Fall der Cautionsverweigerung zu geschehen hat, unbeantwortet bleibt — liegt jedoch weder ein äußerer noch ein innerer Grund vor. Freilich ist der Sinn der von Huschke angezweifelten Worte ein ganz anderer als er annimmt. Ulpian sagt einfach: entweder decretirt der Prätor eine cautio de damno praeterito oder er giebt, wenn es ihm zweckmäßig erscheint, statt dieses Decret zu ertheilen eine Klage auf Ersatz. Es ist keineswegs Ulpians Meinung, daß die Folge des Nichtleistens der auferlegten cautio de damno praeterito die actio in factum sei und die Leistung der anbefohlenen Caution durch die Drohung mit der Klage erzwungen werde, sondern es wird nach ihm, worüber das prätorische Ermessen entscheidet, entweder Cautionsdecret oder actio in factum gegeben: nicht im Fall des Nichtleistens der decretirten cautio de damno praeterito, sondern im Fall des Nichtdecretirens dieser Caution kommt es zur actio in factum; hat sich der Prätor einmal für die Ertheilung des Cautionsdecrets entschieden, so ist von der actio in factum nicht mehr die Rede, das eine schließt das andere aus. Diese Auffassung der l. 15. §. 28. darf auch jetzt als die herrschende bezeichnet werden[68]).

68) Vgl. Vangerow §. 678. Anm. IX. 2. Keller §. 162.

Ist nun aber, wenn der Prätor die Leistung der c. de damno praeterito anbefohlen hat, die Folge des Ungehorsams nicht die actio in factum, so entsteht die Frage, welches andere Zwangsmittel dem Cautionsberechtigten zusteht, welcher andere Nachtheil den Nichtcavirenden trifft. Auf diese Frage giebt nur Bachofen eine Antwort und diese Antwort ist falsch. Er nimmt, wie wir bereits gesehen haben, an, daß sich hier wie in dem folgenden Fall — wenn der Schaden eintritt, bevor der gerichtliche Antrag auf cautio damni infecti gestellt werden konnte — die Leistung der Caution durch ein Interdict erzwingen lasse. Daß es ein Interdict zu diesem Zweck nicht giebt, weder hier noch in dem folgenden Fall, haben wir nachgewiesen. Die Erwägung, von der Bachofen ausgeht, daß, wenn einmal die c. de damno praeterito decretirt ist, auch ein Zwangsmittel zur Ueberwindung des Ungehorsams des Gegners existiren muß und daß dieses Zwangsmittel nicht die actio in factum sein kann, ist vollkommen richtig. Aber weßhalb soll das Zwangsmittel hier ein andres sein als in dem Fall, wenn der Schaden zur Zeit der Ertheilung des Cautionsdecrets noch nicht eingetreten ist? Wenn die Antwort Ulpians auf die Frage ‚si, dum praetor de danda stipulatione deliberat, damnum contigerit, an sarciri possit' nur dahin ginge: praetor decernere debet, quidquid damni contigerit, ut de eo quoque caveatur etc., so würde kein Zweifel darüber entstehen können, daß die Folge des Nichtleistens der vom Prätor

bei Anm. 48. Unterholzner Schuldverh. II. S. 719. XI. Bachofen S. 370. Hesse Rechtsverh. I. S. 143. Aebli S. 16.

decretirten c. de damno praeterito die missio in possessionem sein müsse. Nun sagt aber Ulpian zuvor: et missio quidem cessabit. Diese Worte sind der Grund, weßhalb von den Meisten über den hier stattfindenden Zwang geschwiegen wird und wodurch Bachofen zu der sonderbaren Annahme eines dem prätorischen Befehl Gehorsam verschaffenden Interdicts bewogen worden ist. Man meint, durch diese Worte sei die Zulässigkeit eines Missionsdecrets ausgeschlossen. Und doch kann das ihr Sinn nicht sein. Wenn einmal dem Gegner die Verpflichtung zur c. de damno praeterito auferlegt ist, so steht er vor derselben Alternative wie wenn ihm der Prätor die Leistung der c. damni infecti anbefohlen hat: mag die Sache geschadet haben oder Schaden drohen, der Eigenthümer hat die Wahl, entweder seiner Sache sich anzunehmen und den eingetretenen Schaden zu ersetzen bezüglich wegen des drohenden Schadens Sicherheit zu leisten oder aber seine Sache preiszugeben, aut cavere aut aedibus carere, zu caviren oder sich die missio in possessionem gefallen zu lassen — eine andere Folge seiner Weigerung als die, daß er seiner Sache verlustig geht, giebt es nicht. Auch in dem Fall, wenn der Schaden vor Erhebung des Cautionsgesuchs eintritt, wird auf c. de damno praeterito erkannt und auch hier ist nach l. 9. pr. h. t. die Folge des Nichtcavirens — nicht wie Bachofen will ein Interdict, sondern — die missio in possessionem. Das dort erwähnte compellere ut etiam de praeterito damno caveret geschieht in derselben Weise wie der Zwang zur Leistung der c. damni infecti: bei dieser wird der Cautionspflichtige gezwungen aut de damno infecto cavere aut aedibus carere, und Ulpian bezüglich Julian sagt

mit Beziehung darauf ausdrücklich: quod re integra custoditur, hoc non inique etiam post ruinam aedium praestabitur, daher werde der Prätor, wenn der Einsturz bereits erfolgt sei, dafür sorgen, ut dominus vitiosarum aedium aut damnum sarciat aut aedibus careat. Kommt es aber in diesem Fall, wo nach Eintritt des Schadens vor Forderung der c. d. infecti auf c. de damno praeterito erkannt ist, zur missio in possessionem, warum soll dieselbe nicht zulässig sein, wenn der Anspruch auf c. damni infecti schon gerichtlich geltend gemacht und nur das Cautionsdecret noch nicht ertheilt war?

Kann hiernach der Ausspruch Ulpians ‚missio quidem cessabit' sich nicht auf die Unzulässigkeit des Missionsdecrets beziehen, was soll dann damit gesagt sein? Die Bedeutung dieser Worte und zugleich der Grund, weßhalb Ulpian die aufgeworfene Frage als eine elegans quaestio bezeichnet, ergiebt sich, wenn wir die Verschiedenheit der beiden Fälle, des Einsturzes vor dem Cautionsgesuch und des Einsturzes vor dem Cautionsdecret, in's Auge fassen. Während im ersteren Fall der Antrag von vornherein auf Ersatz des bereits erlittenen Schadens, auf Leistung der c. de damno praeterito gestellt ist, liegt im letzteren zur Zeit des Eintritts des Schadens ein Antrag auf Leistung einer c. damni infecti vor. Das durch diesen Antrag eingeleitete Verfahren, welches lediglich zur Auflegung einer c. damni infecti und im Fall des Ungehorsams zur missio in possessionem wegen verweigerter c. d. infecti führen kann, hat jetzt, nachdem vor Ertheilung dieses Decrets der Einsturz erfolgt ist, seinen Gegenstand und Zweck verloren. Der Prätor kann nicht mehr dem gestellten

Antrag entsprechen und eine c. d. infecti decretiren, wenn kein damnum infectum mehr in Frage steht, mithin kann auch von der sonst eintretenden Folge des Nichtleistens der c. d. infecti nicht die Rede sein: das ganze schließlich in der missio endende Verfahren muß aufhören. Also das ‚missio cessabit' sagt nicht, daß nach Eintritt des Schadens überhaupt keine missio in possessionem mehr zulässig sei, sondern es ist von der Durchführung des eingeleiteten Verfahrens über den Antrag auf c. damni infecti zu verstehen. Nur so erklärt sich die Gegenüberstellung des ‚praetor tamen decernere debet, quidquid damni contigerit, ut de eo quoque caveatur'; wenn das Auflegen der c. de damno praeterito den Gegensatz zu dem ‚missio cessabit' bildet, so weist der Gegensatz „Zulässigkeit der Caution wegen vergangenen Schadens" lediglich auf die Unzulässigkeit einer Caution wegen drohenden Schadens und einer als Folge der Nichtleistung dieser eintretenden missio in possessionem hin. Ganz abgesehen also von den Gründen, welche bereits oben für die Statthaftigkeit und Nothwendigkeit der missio in possessionem im Fall der Nichtleistung der c. de damno praeterito geltend gemacht wurden, läßt schon der Zusammenhang dieser Stelle nicht annehmen, es sei Ulpians Meinung die, daß eine missio zur Erzwingung der vom Prätor decretirten c. de damno praeterito nicht möglich sei: denn zwischen Unzulässigkeit der missio und Zulässigkeit der c. de damno praeterito besteht kein Gegensatz. Da aber das Auflegen einer c. de damno praeterito unter Umständen dem Verletzten nur eine mangelhafte Hilfe gewährt, eben weil der Gegner alsdann durch Preisgeben des Grundstücks sich der Cautionspflicht zu entziehen

vermag und wegen der den Werth des Missionsobjects übersteigenden Höhe des Schadens der Verletzte nicht gehörig gedeckt sein kann, so kann der Prätor, statt auf jene Caution zu erkennen und eben dadurch dem Beklagten die Möglichkeit der Dereliction zu gewähren, ebenso wie in den beiden vorher betrachteten Fällen eine actio in factum auf Ersatz geben. Hat er sich für Gewährung dieser Klage entschieden, so ist, was regelmäßig verkannt wird, von einem Freiwerden durch Dereliction nicht mehr die Rede: denn eben diese Möglichkeit soll ja durch die Ertheilung der actio in factum abgeschnitten werden. Hat umgekehrt der Prätor die c. de damno praeterito decretirt, so kann, wenn sie nicht geleistet wird, der Verletzte lediglich die missio in possessionem verlangen, und nur wenn seiner Besitzergreifung Widerstand entgegengesetzt wird, steht ihm die actio in factum der l. 4. §. 2. ne vis fiat 43. 4. zu, jedoch mit dem Unterschied, daß hier, wo der Schaden bereits eingetreten ist, der Hindernde durch nachträgliches Aufgeben seines Widerstandes dieser Klage nicht mehr zu entgehen vermag.

49. In Bezug auf den letzten Fall, dessen Besprechung uns noch übrig bleibt, — *wenn der Schaden vor dem Antrag auf Cautionsleistung, ehe* also überhaupt gerichtliche Schritte zur Sicherstellung gethan sind, *eintritt* —, können wir uns kurz fassen, da wir von demselben im ersten Paragraphen ausführlich gehandelt und bei der Betrachtung der bisher erörterten Fälle mehrfach auf die hier geltenden Grundsätze Bezug genommen haben.

Es liegt im Grundgedanken des ganzen Instituts

der cautio damni infecti, daß dem Verletzten hier regelmäßig keine Hilfe gewährt wird. Der Bedrohte soll durch rechtzeitige und zwar gerichtliche[69]) Forderung der Caution für seine Sicherheit sorgen: hat er es unterlassen, so gereicht ihm dieser Mangel an diligentia zum Nachtheil, damno iam facto kommt er zu spät. Es steht ihm dann wegen Ersatzes des bereits erlittenen Schadens nur ein Retentionsrecht an den in seine Hände gelangten rudera zu. Er kann aber auch, wenn ihm an der Geltendmachung dieses Retentionsrechts nichts gelegen ist, das tollere der auf sein Grundstück gestürzten rudera vom Gegner verlangen: der hierauf gerichteten auf die Verletzung des klägerischen Eigenthums sich stützenden Klage kann der Beklagte nur entgehen, wenn er das ganze Gebäude, dessen Einsturz die Ursache der Verletzung ist, derelinquirt: er muß aut tollere aut totas aedes pro derelicto habere. Zum tollere kann er statt durch actio negatoria auch durch ein restitutorisches Interdict angehalten werden[70]). Dieser Anspruch auf tollere, mit der Alternative für den Gegner sich demselben durch Dereliction des ganzen Gebäudes zu entziehen, ist, wie wir früher (Ziff. 2.) gegen die herr-

69) Die außergerichtliche Forderung der Caution ist nicht genügend, l. 44. pr. h. t.: cum postulassem, ut mihi damni infecti promitteres, noluisti et priusquam praetor adiretur, aedes tuae corruerunt et damnum mihi dederunt: potius esse ait, ut nihil novi praetor constituere debeat et mea culpa damnum sim passus, qui tardius experiri coeperim.

70) l. 7. §. 2. h. t. Nur zu diesem Zweck giebt es ein solches Interdict, nicht, wie Bachofen meint, zur Erzwingung der c. de damno praeterito.

schende Ansicht ausgeführt haben, nicht davon abhängig, daß der Verletzte propter aliquod impedimentum sibi non prospexit, daß er in entschuldbarer Weise die rechtzeitige Forderung der Caution unterlassen hat.

Von dieser Regel, daß dem Verletzten nur ein Retentionsrecht zusteht, bei dessen Ausübung natürlich der Anspruch auf tollere nicht mehr geltend gemacht werden kann, erkennt die l. 9. pr. h. t. eine Ausnahme an, so daß der Verletzte zugleich das tollere der rudera und Ersatz des eingetretenen Schadens zu verlangen berechtigt ist, nämlich für den Fall, wenn er durch ein äußeres Hinderniß, durch die Kürze der Zeit, durch entschuldbare Abwesenheit an der rechtzeitigen Forderung der c. damni infecti verhindert war. Hier legt der Prätor, wenn der Verletzte seinen dahin gerichteten Antrag zugleich durch Anführung der sein Zuspätkommen entschuldigenden Umstände begründet, dem Gegner die Verpflichtung zur c. de damno praeterito[71]) in derselben Weise auf, wie er re integra, beim Cautionsantrag vor Eintritt des Schadens, die c. damni infecti decretiren würde, d. h. also so, daß dem Beklagten die Wahl bleibt, ob er diese Caution leisten oder seine Sache preisgeben will: im Fall des Nichtleistens der Caution wird die missio in possessionem verfügt. Eine weitere Hilfe durch actio in factum, wie sie in den übrigen Fällen nach Ermessen des Prätors gewährt werden kann, findet hier nicht statt[72]).

71) Unter Umständen neben der c. d. infecti, wenn nämlich noch weiterer Schaden droht.

72) Ausgenommen natürlich den Fall des Widerstands gegen die Besitzergreifung. l. 4. §. 2. cit.

50. Zum Schluß muß noch die Frage aufgeworfen werden, ob die im Vorstehenden dargestellten Grundsätze über die ausnahmsweise Gewährung einer Hilfe in Fällen, wo die Maßregeln zur Sicherung gegen drohenden Schaden verabsäumt oder nicht vollständig durchgeführt sind, auch in den Fällen zur Anwendung kommen, wo es sich nicht um einen Schaden vitio aedium, sondern *vitio operis*, im Sinn von facere, handelt. Da hier eine missio nicht möglich ist, so kommen jedenfalls die Fälle unter 3. und 4., Eintritt des Schadens vor Ertheilung des Missionsdecrets und vor Ergreifung des Besitzes, nicht in Betracht. Die Frage kann mithin überhaupt nur für die Fälle unter 1 und 2 aufgeworfen werden. In dem Fall, wo der Schaden vor Forderung der Caution eingetreten ist, giebt es nun sicher keine Hilfe: auch beim vitium aedium wird ja in diesem Fall nicht die actio in factum gegeben, sondern es wird nur die c. de damno praeterito decretirt und bei Nichtbefolgung dieses Decrets die missio in possessionem verfügt, wovon eben beim vitium operis keine Rede sein kann. Wenn aber nach Erhebung des Cautionsantrags deliberante praetore der Schaden eintritt, so wird da, wo die Herstellung eines opus solo coniunctum in Frage steht, die Sache immer so liegen, daß die Fortsetzung der Thätigkeit während der gerichtlichen Verhandlung ein das interdictum quod vi aut clam begründendes Handeln involvirt, so daß der Verletzte hierdurch genügend geschützt ist; ist wegen eines facere anderer Art z. B. wegen eines dem klägerischen Grundstück Schaden drohenden Fabrikbetriebs der Cautionsantrag gestellt, so findet zwar das interdictum quod vi aut clam keine Anwendung, aber es wird in diesem Fall

auch einer Hilfe factisch nicht bedürfen, da es, wenigstens ohne schuldhafte Versäumniß, kaum möglich ist, daß so plötzlich ein Schaden sich ereignet. Jedenfalls haben die Quellen lediglich den Fall des vitium aedium im Auge.

§. 1682.

VII. Heutige Geltung des Instituts der cautio damni infecti.

51. Sind die im Bisherigen entwickelten Grundsätze des römischen Rechts, ist das ganze Institut der c. d. infecti heutzutage noch in practischer Geltung? Bei Beantwortung dieser Frage müssen vor Allem die beiden Fälle der Caution, wegen eines schadendrohenden *facere* und wegen schadendrohenden Zustands des Grundstücks, unterschieden werden.

In Bezug auf den ersteren Fall wird die heutige Anwendbarkeit der römischen Bestimmungen kaum in Zweifel gezogen. Die Schriftsteller, die sich überhaupt mit dieser Frage beschäftigen, haben regelmäßig nur den zweiten Fall im Auge. Sintenis[73]), der hinsichtlich der Caution wegen vitium aedium das römische Recht in einem Hauptpunkt für geändert ansieht, erklärt ausdrücklich, daß rücksichtlich der wegen opera drohenden Gefahr die Verhältnisse ungeändert geblieben seien: der wegen eines Unternehmens auf Cautionsleistung in Anspruch Genommene, der ohne sein Unternehmen aufzugeben die Cautionsleistung verweigere, würde da, wo er ohne Caution mit dem Unternehmen nicht fortfahren

73) Pract. Civilrecht II. §. 127. Anm. 60.

dürfe, mit der betreffenden Klage genöthigt werden können, bis dahin davon abzustehen. In Seuffert's Archiv und in den von Hesse angeführten Rechtsfällen finden sich zahlreiche Beispiele sowohl von Fällen des facere in alieno wie in suo, wo die Caution als zweifellos giltig anerkannt ist[74]). Wenn Hoffmann[75]) — der die Form der c. d. infecti für veraltet und abgestorben erklärt, indem heutzutage der gefährdete Nachbar ohne Vermittlung durch einen Zwangsvertrag seinen Gegner durch einfache Mahnung und Warnung für den künftigen Schaden verantwortlich machen könne — weiter behauptet, daß auch in der neueren Gestalt das Gebiet des fraglichen Schutzmittels sich verkleinert habe, weil gegen gewisse Gefahren aus Unternehmungen schon durch Polizeivorschriften Vorsorge getroffen sei, so ist dagegen zu bemerken, daß nicht nur keineswegs in allen Fällen, wo die c. d. infecti wegen eines facere als anwendbar erscheint, eine solche Polizeivorsorge stattfindet, sondern daß auch da, wo dies der Fall ist, infolge dieser Vorsorge nur seltener Veranlassung zur Forderung gegeben sein wird, nicht aber das Recht dazu ausgeschlossen ist[76]). — Von der besondern Frage, ob der

74) Vgl. z. B. Seufferts Arch. IV. 11. XVII. 14. — VII. 185. XVII. 22. XXIV. 37. XXV. 219. — Hesse Rechtsverh. I. S. 298 ff. (Rechtsfall I. II. III. IV. VI.).

75) Pract. Arch. N. F. I. S. 290 ff. 316 ff.

76) Auf der gleichen falschen Grundlage beruht die Behauptung von Hesse C. d. infecti S. 36., daß in den meisten Fällen des facere in suo nach sächsischem Recht die Caution wegfalle, weil hier gesetzlich (Sächs. Landrecht II. 51.) bestimmt sei, in welcher Entfernung

Grundsatz des römischen Rechts, daß wegen eines von einer öffentlichen Behörde unternommenen opus in publico die Caution nicht gefordert werden kann, noch in Geltung ist, wird am Schluß dieses Paragraphen die Rede sein. Natürlich ist diese specielle Frage nur unter der Voraussetzung aufzuwerfen, daß überhaupt die Grundsätze der Caution wegen facere noch in Uebung sind: die Entscheidungen der höchsten Gerichte, welche diese Frage entweder bejahen oder gerade diese specielle Bestimmung wegen der veränderten Stellung des Staats als nicht mehr practisch ansehen, sind mithin Zeugnisse für die Geltung der Caution.

Hauptsächlich um den zweiten Fall, wenn der Schaden von dem Zustand eines Grundstücks, von aedes ruinosae oder von einem opus iam factum, befürchtet wird, dreht sich der Streit. Dieser Streit über die heutige Anwendbarkeit des Instituts der c. d. infecti umfaßt aber im Wesentlichen zwei Fragen, die gesondert behandelt werden müssen: gilt der Fundamentalsatz des römischen Rechts noch heutzutage, daß der durch die Sache eines Dritten, speciell infolge des Zustands eines Grundstücks, Verletzte ohne vorgängige Forderung und Leistung der *c. d. infecti* regelmäßig keinen klagbaren Anspruch auf Ersatz des Schadens hat? und für den Fall der Bejahung: ist, wenn der Cautionspflichtige die durch gerichtliches Decret ihm auferlegte Caution nicht leistet, die Folge noch

vom Nachbarhaus gewisse Anlagen errichtet werden sollen. Vgl. dagegen auch Reinhard Arch. f. civ. Prax. XXX. S. 246. Anm. 89.

dieselbe wie im römischen Recht, daß der Bedrohte *in possessionem* mittirt wird?

Unter den Vertheidigern der Ansicht, daß das ganze Institut der *c. d. infecti* heutzutag unpractisch sei, herrscht in Bezug auf den Grund wie in Bezug auf das, was nun an die Stelle der römischen Grundsätze getreten sei, nichts weniger als Uebereinstimmung.

Die am weitesten gehende, allerdings nur von Wenigen getheilte Ansicht meint, es sei die Caution lediglich im römischen Formalismus begründet und müsse als eine im heutigen Recht überflüssige Weitläufigkeit angesehen werden: daher nimmt man an, daß heutzutage auch ohne vorgängige Caution die Ersatzklage direct dann stattfinde, wenn ein Schaden eingetreten sei, wegen dessen nach römischem Recht c. d. infecti hätte verlangt werden können[77]). — Was also das römische Recht nur in bestimmten Ausnahmefällen zuläßt, soll jetzt allgemein geltende Regel sein: von einem bloßen Retentionsrecht an den schadenden Sachen und von dem Satze ‚non ultra nos debent onerare quam ut noxae eas dedamus' wäre nicht mehr die Rede, der Eigenthümer haftet unbedingt für den durch seine Sachen zugefügten Schaden. Mit Recht ist diese Ansicht von der weitaus überwiegenden Mehrheit der Schriftsteller und der höchsten Gerichte verworfen und der durchaus gesunde und vernünftige Grundgedanke der c. d. infecti, wonach es

77) Vgl. Müller Promtuar. iur. Vol. II. p. 437. Höpfner Commentar §. 824. Thibaut Lehrb. des französ. Civilrechts §. 181. — Wie man sich für diese Ansicht auf l. 15. §. ult. h. t. zu stützen vermag, ist schwer verständlich.

der eignen Wachsamkeit und Vorsicht des Bedrohten anheimgegeben wird, sich gegen den drohenden Schaden zu sichern, als noch heutzutage maßgebend anerkannt worden. Nur particularrechtlich ist, wenn auch in beschränktem Umfang, jener Satz zur Geltung gelangt[78]).

Andere nehmen eine Ungiltigkeit der römischen Bestimmungen in andrer Weise an. Sie behaupten nicht, daß der durch die Sache eines Dritten Verletzte eine Klage auf Ersatz habe, aber sie meinen, das ganze Institut sei darum unpractisch, weil heutzutage in solchen Fällen die Polizei einschreite und durch polizeiliche Strafbefehle Abhilfe geschafft werde. Danach hat man zwar ohne Caution nicht Anspruch auf Ersatz des Schadens, aber man hat auch nicht das Recht Caution zu fordern: das ist überflüssig gemacht infolge des Einschreitens der Polizei und darum unpractisch. So sagt z. B. Bu d d e u s[79]), heutzutage sei das kürzere, leichtere und daher allgemein übliche Mittel eine Imploration an die Polizeibehörde, welche durch Strafpräcepte den Eigenthümer der ruinosen Sache zu deren Reparatur, mindestens bis zur Verhütung eines Schadens, anhalte und, wenn dadurch nicht zum Zweck zu kommen, jene Reparatur auf seine Kosten vornehmen lasse. Nun ist aber offenbar durch den Umstand, daß in demselben Fall, wo dem Bedrohten ein Privatrechtsmittel zusteht, auch ein Einschreiten der Polizei vorkommen kann, nicht ohne Weiteres die Zulässigkeit des Privatrechtsmittels ausgeschlossen.

78) Vgl. z. B. Preuß. Landrecht Th. II. Tit. 20. §. 765 ff. und dazu Koch Recht der Forderungen III. S. 103 ff. Vgl. auch *Code Napol.* art. 1385. Bayer. Entw. II. 950.

79) In Weiskes Rechtslexic. v. Gebäude IV. S. 461.

Man würde nur sagen können, daß weil das Einschreiten der Polizei einen schnelleren und besseren Schutz gewährt, das Fordern der Caution überflüssig und darum der Gebrauch dieses Rechtsmittels, wenn auch nicht unzulässig, so doch ein seltener sei, wie dies z. B. Unterholzner[80]) und Sintenis[81]) behaupten. Auch dies kann jedoch nicht zugegeben werden. Einmal gewährt die Polizei keineswegs in allen den Fällen eine Hilfe, in welchen das Recht auf c. d. infecti begründet ist. Aber selbst wenn dies der Fall wäre, so wird doch durch das Anrufen der Polizeihilfe das nicht erreicht, was man durch die c. d. infecti erlangt. Die Gegner übersehen vollständig, daß der von der Polizei eingeschlagene Weg etwas ganz andres bezweckt als die Caution, nämlich die Abwendung des drohenden Schadens: die Polizei befiehlt dem Eigenthümer des baufälligen Gebäudes bezüglich des schadendrohenden opus, zu repariren und den gefährdenden Zustand zu beseitigen, während das Rechtsmittel der c. d. infecti darauf nur indirect wirkt und in erster Linie Sicherung des Ersatzes für den künftigen Schaden bezweckt. Durch das Einschreiten der Polizei ist der Bedrohte gegen künftigen Schaden nur dann sichergestellt, wenn der Gegner dem Polizeibefehl gehorsam gewesen ist und den gefahrdrohenden Zustand beseitigt hat: gehorcht aber der Gegner nicht oder gehorcht er und es tritt der Schaden während der Vornahme der Reparatur ein, so ist der Verletzte schutzlos, denn der polizeiliche Befehl zur Reparatur begründet keine Schadenersatzpflicht. Mithin kann dies

80) Schuldverh. II. S. 720.
81) Pract. Civilrecht II. §. 127. Anm. 47.

nicht als genügendes Surrogat für das Rechtsmittel der Caution betrachtet werden: der Polizeischutz kann neben der Caution hergehen, aber er vermag nicht sie überflüssig und entbehrlich zu machen. Auch den Römern ist der polizeiliche Zwang zur Reparatur baufälliger Gebäude wohl bekannt[82]), aber das Institut der c. d. infecti hat daneben seine selbständige berechtigte Existenz.

Eine dritte Ansicht endlich geht dahin, daß zwar die Form der c. d. infecti veraltet und abgestorben sei, daß aber der gesunde Kern und Grundgedanke des Instituts, wonach der Eigenthümer des gefahrdrohenden Werks nur infolge vorausgegangener Mahnung zur Beseitigung desselben und der darin liegenden Verantwortlichmachung von Seiten des Bedrohten ersatzpflichtig sei, noch heutzutage gelte: es könne jetzt der gefährdete Nachbar durch einfache Mahnung und Warnung seinen Gegner für den künftigen Schaden verantwortlich machen, ohne daß es der Vermittlung durch einen Zwangsvertrag bedürfe. Man nimmt dann an, daß die einfache

82) l. 7. de off. praes. 1. 18. (Ulpian): Praeses provinciae inspectis aedificiis dominos eorum causa cognita reficere ea compellat et adversus detractantem competenti remedio deformitati auxilium ferat. l. 8. C. de aedif. priv. 8. 10. (Valens, Gratian. et Valentin.): Singularium urbium Curiales etiam inviti — reparare — domos cogantur. Possessores vero qui non erunt Curiales — domos dirutas neglectasque reparent, iudiciaria ad conservandum hoc praeceptum auctoritate retinendi. l. 46. h. t. (Paulus): Ad curatoris rei publicae officium spectat, ut dirutae domus a dominis extruantur. — Vgl. oben Ziff. 7. bei Anm. 82.

außergerichtliche Mahnung oder, wie man es auch nennt, Protestation die Wirkung hat, wie wenn die Caution geleistet wäre: der auf die gefahrdrohende Beschaffenheit seines Grundstücks aufmerksam Gemachte muß den danach eintretenden Schaden ersetzen[83]). Als die Meinung der älteren in Anmerkung 83. angeführten Schriftsteller, welche einer solchen Protestation die Wirkung der geleisteten Caution zuschreiben, muß man unzweifelhaft annehmen, daß der Gewarnte auch dann ersatzpflichtig ist, wenn er auf die Warnung hin die Beseitigung des gefahrdrohenden Zustands unternimmt und vor Erreichung dieses Resultats ein Schaden eintritt. Nach Hoffmanns Annahme scheint dies anders zu sein: denn er findet das, was er als jetzt geltendes Recht behauptet, sehr gut ausgedrückt in der Verordnung des Lübischen Rechts (P. IV. tit. 3. art. 5.):

> So jemand hätte alte Gebäude oder davon man sich Fallens oder Schadens zu vermuthen, und der Besitzer derwegen verwarnet, dasselbige zu verändern und verbessern, würde er die Verbesserung nicht thun und darüber das Gebäude einfallen, oder sonsten Schaden entstehen, den soll er gänzlich zu erstatten und abzutragen schuldig sein; würde er aber nicht verwarnt, so darf er zu dem Schaden nicht antworten.

Danach ist aber ein Ersatzanspruch nur dann begründet,

83) So neuerdings insbesondere Hoffmann Pract. Arch. N. F. I. S. 290. Von Aelteren Autumnus ad l. 4. h. t. Groenewegen ad rubricam h. t. Voet ad h. t. §. 15.

wenn der Verwarnte die Warnung unberücksichtigt läßt; mithin kann er für den trotz Vornahme der Reparatur eintretenden Schaden nicht verantwortlich gemacht werden: für diesen Fall wäre der Bedrohte nicht gesichert und schlechter gestellt als im römischen Recht, nach welchem der Reparirende auch während der Reparatur haftpflichtig ist. — Es ist aber die ganze Behauptung, daß die römische Form der c. d. infecti veraltet und abgestorben sei, für das gemeine Recht durchaus unbegründet. Antumnus, Grönewegen, Voet sprechen von der niederländischen Praxis, können also nicht als Zeugen für das in Deutschland geltende Recht angeführt werden. Daß in Deutschland, wo nicht Particularrechte, wie das Lübische, eine solche Bestimmung enthalten, die bloße Protestation die Stelle der geleisteten Caution vertrete, ist eine Behauptung, der es an jedem Fundament fehlt und die durch das Zeugniß zahlreicher Schriftsteller widerlegt wird: in Seufferts Archiv ist ebenso wie von den Theoretikern und Practikern älterer und neuerer Zeit in keinem Fall für das gemeine Recht angenommen worden, daß der Satz „ohne wirkliche Forderung und Leistung der Caution kein Anspruch auf Schadenserfatz" antiquirt sei und der bloßen außergerichtlichen Verwarnung die Wirkung der Cautionsleistung zukomme, vielmehr werden überall die römisch-rechtlichen Grundsätze in dieser Beziehung als zweifellos noch giltig anerkannt. Von einem derogirenden Gewohnheitsrecht, welches doch allein in Frage kommen könnte, kann mithin nicht die Rede sein. Wenn übrigens Hoffmann glaubt, daß der gesunde Kern des römischen Instituts bei einer Bestimmung wie der des Lübischen Rechts gewahrt sei und die Verantwortlichmachung für künftigen Schaden durch

einfache Warnung und Mahnung nur eine Aenderung der Form sei, so beruht das auf einer großen Täuschung. Nur nach der negativen Seite hin stehen die Bestimmung des Lübischen und des römischen Rechts sich gleich, nämlich insofern als nach beiden Rechten der Verletzte, der sich nicht vorher geregt und den Nachbar auf die drohende Gefahr aufmerksam gemacht hat, einen Ersatzanspruch nicht geltend machen kann. Hingegen für den Fall, daß eine solche Verwarnung stattgefunden hat, weichen beide wesentlich von einander ab. Das römische Recht stellt den Eigenthümer vor die Alternative, den Bedrohten gegen künftigen Schaden durch Caution sicherzustellen, ihm also Ersatz des eventuellen Schadens zu versprechen, oder schließlich, wenn er das nicht thut, seines Eigenthums verlustig zu gehen: cavirt er, so bleibt es ihm überlassen, ob er durch Reparatur der Gefahr künftiger Ersatzleistung factisch vorbeugen will, während ihn rechtlich der Beginn der Reparatur nicht schützt, durch Vornahme der Reparatur ohne Caution befreit er sich aber nicht von der Gefahr sein Eigenthum zu verlieren. Nach Lübischem Recht hingegen entsteht durch die Verwarnung die Verpflichtung zur Reparatur, die Ersatzleistung ist nur die Folge der so begründeten Reparaturpflicht: durch Vornahme der Reparatur wird er frei, sobald er sie begonnen hat, auch wenn nun vor wirklicher Beseitigung des gefahrdrohenden Zustands ein Schaden eintritt, aber er wird auch nur frei durch Vornahme der Reparatur, er kann nicht wie im römischen Recht der Cautionspflicht so hier der Reparaturpflicht durch Preisgeben des Grundstücks sich entziehen. Es würde sich mithin keineswegs blos um eine Aenderung der Form, sondern um eine wesentliche Aenderung des

materiellen Rechts handeln. Daß eine solche fundamentale Umgestaltung des ganzen Instituts für das gemeine Recht nicht nachweisbar ist, bedarf keiner weitern Ausführung.

Es kann denn auch die in den angeführten drei Schattirungen auftretende Ansicht, daß das Institut der c. d. infecti heutzutag nicht mehr in Geltung sei, als fast allgemein verworfen bezeichnet werden. Nicht blos die weitaus überwiegende Zahl der Schriftsteller, die sich mit unserer Lehre beschäftigen, auch derjenigen, die gerade die practische Anwendbarkeit der römischen Bestimmungen zum Vorwurf haben, sondern auch alle bei Seuffert und Hesse angeführten Entscheidungen der Gerichte sprechen es theils ausdrücklich aus, theils setzen sie es als selbstverständlich voraus, daß die Grundsätze des römischen Rechts über die c. d. infecti nach dieser Richtung noch heutzutage Anwendung finden, daß also der Regel nach ohne Forderung und wirkliche Leistung der Caution ein Ersatzanspruch nicht begründet ist und daß dem Bedrohten das Recht diese Sicherstellung zu fordern zusteht[84]).

84) Lauterbach Coll. theor. pract. ad h. t. §. 12. 17. Stryk Usus mod. ad h. t. §. 2. Schilter Praxis iur. rom. Exerc. 42. §. 38. Böhmer Doctr. de action. Sect. II. cp. XI. §. VIII—XI. Thomasius Not. ad sing. Inst. et Pand. tit. h. t. Hellfeld Jurisprud. for. §. 1682. Mencken Syst. iur. civ. h. t. §. 8. Puchta Gerichtliche Klagen der Landeigenthümer §. 165. 166. Weiske Quaest. iur. civ. in usum fori comp. p. 1 ff. Hesse C. d. infecti S. 7. 133 ff. Rechtsverh. I. S. 133. 145. a. E. 179 ff. 182. 183. Reinhard Arch. f. civ. Prax. XXX. S. 246. 247. Brinz Pand. (1. Aufl.) I.

52. Während in Bezug auf die bisher betrachtete Frage unzweifelhaft die Majorität auf Seite der Bejahung steht, scheint es nach der Darstellung neuerer Schriftsteller, als finde hinsichtlich der zweiten Frage, ob die Folge der Nichtleistung der Caution wie im römischen Recht die *missio in possessionem* sei, das umgekehrte Verhältniß statt. In Wahrheit ist dies aber keineswegs der Fall. Allerdings giebt es eine Reihe von Schriftstellern, welche die heutige Anwendbarkeit der missiones in possessionem leugnen: es werde, meinen sie gewöhnlich, heutzutage statt die Besitzeinweisung zu verfügen die Caution zur Strafe des Ungehorsams für geleistet erachtet und dieses Präjudiz gleich im Cautionsdecret angedroht; manche wollen statt dieser Fiction der Cautionsleistung oder alternativ neben derselben oder auch ihr vorausgehend ein andres Surrogat aufstellen, theils Strafauflagen an den Cautionspflichtigen, theils sofortige Auflage der Beschwerde abzuhelfen, theils directes Vorgehen der Obrigkeit, indem diese entweder die Bauten selbst reparire und die Kosten vom Inhaber derselben executorisch beitreibe oder im Falle der Insolvenz das baufällige Haus verkaufe und dem Käufer die Pflicht zur Reparatur auflege[85]). Dem ge-

S. 110. — Pract. Arch. N. F. III. S. 314. 318. Heuser Annalen d. Justiz u. Verw. XX. S. 165. Seuffert Arch. IV. 11. VII. 185. IX. 34. 35. XVII. 51. XIX. 236. XXI. 211. XXIV. 37. XXV. 219., und die sechs Rechtsfälle bei Hesse Rechtsverh. I. S. 298—325.

85) So insbesondere Glück XVIII. S. 266. 267. Schmidt Klagen u. Einr. §. 1235. N. 9. Hesse Rechtsverh. I. 181. Reinhard Arch. f. civ. Prax. XXX. S. 247.

genüber steht aber eine große Anzahl Andrer, welche die heutige Geltung des römischen Rechts auch in diesem Punct behaupten. Abgesehen von denen, welche die Lehre des römischen Rechts als eine unverändert giltige darstellen, ohne in Bezug auf die missiones nur einen Zweifel aufzuwerfen, kommen insbesondere diejenigen in Betracht, welche die Anwendbarkeit der Besitzeinweisungen gegenüber abweichenden Ansichten vertheidigen. So bekämpft Schilter[86]) die von Hahn ad Wesembecium und von Grönewegen aufgestellte Behauptung, daß Mission und Caution heutzutage nicht vorkomme, als auf falschem Fundament beruhend, und sagt in Bezug auf die actio in factum, die gegen den den missus Hindernden zusteht: cuius actionis in nostro quoque foro usum haud denegandum esse arbitror, quamquam, prout hodie sunt processuum protractiones, consultius fuerit, si iudex iussum decretumve suum aliis atque arctioribus modis exsequatur. Böhmer[87])

Sintenis §. 127. bei und in Anm. 60. — Vorsichtiger drückt sich Brinz I. S. 110. aus: „heutzutag ist man so ziemlich allgemein gegen die Immissionen." Arndts Pand. §. 328. behandelt im Text die Immissionen noch als practisch und sagt nur in Anm. 6: „nach heutiger Uebung läßt man wohl anstatt die Besitzeinweisung zu verfügen die Baufälligkeit von Amtswegen wenden und die nöthigen Kosten vom Inhaber des baufälligen Hauses executive beibringen u. s. w." unter Berufung auf die betreffende Bestimmung des Bayer. Landrechts IV. 16. §. 10. — Aehnlich Dernburg Pfandrecht I. S. 416., der die missio nur für nicht leicht vorkommend erklärt.

86) l. c. Exerc. 42. §. 38.

87) Doctr. de action. Sect. II. cp. XI. §. X.

und Stryk[88]) behandeln gleichfalls die actio in factum der l. 4. §. 2. ne vis fiat ei qui in poss. miss. est 43. 4. und damit natürlich die missio selbst als noch practisch; und letzterer hebt ausdrücklich hervor, daß, wenn auch nach dem Zeugniß Mancher die missiones in Sachsen keine Geltung hätten, man darum nicht sagen könne, daß sie in ganz Deutschland unpractisch seien. Und ebenso erklären Lauterbach[89]) und Mencken[90]), die missio sei zwar in Sachsen nicht in Uebung, indem hier eine andere Strafe bestehe, wodurch der Magistrat seinem Decret Wirksamkeit verschaffe, alibi tamen in Germania adhuc in usu esse dubio caret. Auch Hellfeld[91]) und ähnlich Dernburg[92]) behaupten doch nur, daß die missio selten gefordert werde und nicht leicht vorkomme, man dürfe sie aber nicht für abrogirt halten. Und Puchta[93]) sagt: es ist eine sehr gewöhn-

88) Usus modern. h. t. §. 6. 7.
89) Coll. theor. pract. ad h. t. §. 26.
90) Tract. synopt. pand. ad h. t.
91) Jurispr. for. §. 1682.
92) Pfandrecht I. S. 416.
93) Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. X. S. 214. Anm. 7. Nur ist das, was er weiter behauptet, unbegründet. Er meint, die missio geschehe in etwas anderer Form, „der Richter werde dem Gegner den Befehl zur Reparatur zugehen lassen, bleibe diese erfolglos, so überlasse er sie dem Kläger, der dann die Erstattung der Reparaturkosten zu fordern habe — dies sei in der That nichts anderes als die missio ex primo decreto“. Warum bei Ungehorsam gegen den Cautionsbefehl erst noch die Auflage der Reparatur erfolgen und erst dann, wenn auch diesem Befehl nicht gehorcht wird, die Einweisung des Bedrohten verfügt werden soll,

liche Behauptung, daß die missio heutzutag wegfalle, aber eine unrichtige. Auch in den Entscheidungen höchster Gerichte wird die missio als durchaus practisch behandelt. So stützt sich ein Urtheil der Juristenfacultät zu Göttingen[94]) zur Begründung des Satzes, daß der Anspruch auf Caution nicht gegen den Miether zustehe, auf das Argument: der in rem missus erhält das Recht des Gegners, welches Recht aber könnte er erhalten, wenn der Gegner bloser Miether wäre? Und ein Urtheil des Oberappellationsgerichts zu Jena[95]) sagt in Bezug auf denselben Fall: es mag nicht eingewendet werden, daß eine missio in possessionem gegen den bloßen Detentor nicht denkbar ist, denn es kann ja eine Separation der Vorrichtung vom Grundstück möglich sein, auch können nach heutigem Proceßrecht andere Mittel, die Caution zu erzwingen, sich als anwendbar zeigen. In einem Urtheil des Kreisamts zu Altenburg[96]) endlich wird zur Widerlegung des Zweifels, ob nicht wegen des Einschreitens der Obrigkeit mit mandatis poenalibus die römischrechtlichen Bestimmungen über die cautio damni infecti überhaupt unanwendbar seien, ausgeführt: das heutige sofortige Einschreiten der Obrigkeit mit mandatis poenalibus werde meist nur da stattfinden, wo Gefahr auf dem geringsten Verzug ist, in andern Fällen aber erst statt der prätorischen Immission,

ist nicht einzusehen: diese Zwischenmaßregel ist innerlich unbegründet und für den Bedrohten nur nachtheilig.

94) Bei Hesse Rechtsverh. I. S. 303.

95) Ebenda S. 306.

96) Ebenda S. 309.

und überhaupt dies alles doch unbeschadet der römischen Lehre vom damnum infectum.

Hiernach kann, wenn man überhaupt darauf Gewicht legen will, von einer entschiedenen Majorität für die Ansicht von der Ungiltigkeit der missio damni infecti nomine sicher nicht gesprochen werden. Jedenfalls liefern die zahlreichen Vertreter der entgegengesetzten Ansicht genügenden Gegenbeweis, daß man nicht kurzer Hand die missio als durch gewohnheitsrechtliche Uebung beseitigt ansehen darf. Das Schwanken der Gegner hinsichtlich des Surrogats, welches heutzutag an die Stelle der missio getreten sein soll, ist nicht geeignet, ihre Ansicht annehmbarer zu machen. Es handelt sich, was Manche zu vergessen scheinen, nicht um die Frage, ob in dem einen oder andern Land durch Particulargesetze ein anderes Verfahren eingeführt ist, sondern um die gemeinrechtliche Giltigkeit der Immission. Wenn nun, wie wir nachgewiesen haben und wie auch von den Gegnern der Zulässigkeit der missio in possessionem angenommen wird, das Institut der cautio damni infecti als solches in Deutschland gemeinrechtlich practische Geltung hat, so ist es Sache derjenigen, welche die Unanwendbarkeit eines Theils dieses Instituts behaupten, die Gründe für die Unanwendbarkeit der betreffenden Bestimmungen darzuthun. Eine Betrachtung der von den Gegnern, soweit dieselben sich überhaupt die Mühe einer Begründung geben, angeführten Gründe wird zeigen, daß dieselben theils das zu Beweisende zu beweisen gar nicht im Stand sind, theils auf einer Verwechselung und unzulässigen Uebertragung des von anderen Missionen Geltenden auf unsere missio damni infecti nomine beruhen.

Der eine Grund ist der: man könne die missio

deshalb nicht ferner für anwendbar halten, weil sie überflüssig sei, „weil es zur Realisirung der erhobenen Provocation jener Immissionen überall nicht bedürfe: das Recht, ob damnum infectum Garantie zu fordern, werde im Fall des Ungehorsams für existent erklärt und bei eingetretenem Schaden eine actio in factum gegeben“ [97]). Offenbar liegt darin, daß die missio wegen eines vermeintlich bessern Surrogats angeblich überflüssig ist, nicht der Beweis für die Unzulässigkeit derselben. Dies

97) Reinhard a. a. O. S. 247. 248. So nimmt Reinhard für den Fall an, wo die Caution durch repromissio zu leisten wäre. Für den Fall, wo der Bedrohte mit der bloßen Zusicherung sich nicht zu begnügen brauche, nimmt er an, daß der richterliche Ausspruch, der das Recht ob damnum infectum Garantie zu fordern (d. h. doch: Caution zu fordern) für existent erklärt, im Fall der Weigerung der Satisdation durch die geeigneten Zwangsmaßregeln vollstreckt werde. Wie Reinhard diese Vollstreckung des Ausspruchs, daß der Kläger zur Forderung der satisdatio berechtigt sei, sich denkt, ist nicht ersichtlich. Soll der Beklagte in Geldstrafe genommen werden, bis er Bürgen stellt? Oder sollen ihm Vermögensobjecte abgepfändet werden, damit der Bedrohte Realsicherheit hat? — Für uns, die wir eine Zwangspflicht zur satisdatio nicht kennen, sondern für eigentlich verpflichtet nur den durch repromissio cavirenden Eigenthümer erklären, während Andere, die alieno nomine und durch satisdatio caviren, nur insofern verpflichtet sind als, wenn weder vom Eigenthümer noch von ihnen cavirt wird, die gegen den Eigenthümer erfolgende missio auch nachtheilig auf sie einwirkt und sie deßhalb, wenn sie diesen Nachtheil von sich abwenden wollen, caviren müssen, besteht natürlich diese ganze Schwierigkeit nicht.

zeigt das Beispiel von Böhmer[98]), der, nachdem er die missio und die actio in factum gegen den den missus Hindernden für heutzutage noch giltig erklärt hat, bemerkt: facilius hodie iudex contra contumacem procedere potest declarando illud factum esse quod reus facere recusat, unde cautionem ipsi sub poena praestitae cautionis iniungere potest. Aber ist, auch abgesehen hiervon, jene Behauptung überhaupt ein Grund? In Wahrheit ist dies doch nur eine andere Formulirung des zu beweisenden Satzes: an Stelle des Satzes „die missio ist heutzutag unpractisch" setzt man den andern: „statt der missio findet heutzutag die Fiction der Cautionsleistung statt", oder wie Glück[99]) es unverhüllt ausdrückt: „die missio damni infecti ist nicht mehr im Gebrauch, denn die Caution wird jetzt zur Strafe des Ungehorsams für geleistet angenommen". Das ist aber eben zu beweisen. Zudem beruht die ganze Argumentation aus der Ueberflüssigkeit der missio nothwendig auf der Voraussetzung, daß die Römer dieses angeblich bessere Mittel nicht gekannt haben, denn sonst hat dieselbe keinen Sinn. Nun kennt ja aber das römische Recht diese Fiction der Cautionsleistung sehr wohl; aber es läßt, abgesehen von gewissen Ausnahmefällen, aus sehr gutem Grund dieselbe nur dann eintreten, wenn der Gegner der Besitzergreifung des in possessionem Mittirten Widerstand entgegensetzt. Und die Lex Rubria hatte als Folge der Nichtleistung lediglich deshalb die actio in factum fictitia, weil die Municipalmagistrate zur Ertheilung des Missionsdecrets nicht

98) Doctr. de action. l. c. §. X.
99) Comment. XVIII. S. 246.

berechtigt waren. Es wäre doch auffallend, wenn der Prätor sich nicht auch allgemein dieses Mittels bedient haben sollte, falls es wirklich das bessere wäre. Von einer Ungiltigkeit der missio deshalb, weil man ihrer heutzutag infolge der Möglichkeit die Caution als geleistet zu fingiren nicht bedürfe, kann also nicht die Rede sein. Meint man aber: die missio ist factisch verdrängt durch dieses andere Mittel, indem, weil jetzt allgemein im Fall des Nichtcavirens die Caution als geleistet fingirt werden kann, von der infolge davon überflüssig gewordenen Mission nicht mehr Gebrauch gemacht wird, so ist das, wie gesagt, nur eine andere Fassung des zu beweisenden Satzes, nicht aber ein Grund, aus dem die Ungiltigkeit der missio sich ergiebt.

Ein Grund andrer Art ist folgender. Die Immission, sagt man, komme wie überhaupt so auch in Schuldensachen in Deutschland nicht mehr vor, am wenigsten aber insofern als sie nach dem römischen Recht als ein Mittel den Ungehorsam zu bestrafen gebraucht wurde, denn in dieser Hinsicht sei sie selbst in den deutschen Reichsgesetzen aufgehoben[100]). Dieses Reichsgesetz ist der Jüngste Reichsabschied von 1654. §. 36. Hienach soll, wenn der geladene Beklagte in dem Termin nicht erscheint, dem Kläger zugelassen sein, gegen den ungehorsamen und nicht erscheinenden Antworter in contumaciam (jedoch mit hinfüriger Aufhebung der bisherigen gebräuchlichen zweien Wege, entweder auf die Pön der Acht oder Immission ex primo vel secundo decreto zu procediren, vgl. Kammergerichtsordnung von 1555. Th. III. Tit. 43. Von des nicht erscheinenden

100) Vgl. z. B. Glück XVIII. S. 266.

Antworters Ungehorsam in erster Instanz, §. 4.) in der Hauptsache ordentlicher Weise bis zu Ende nach Belieben zu verfahren. Es handelt sich mithin hier lediglich um einen Fall der missio in bona rei servandae causa, wie sie nach römischem Recht und noch nach dem früheren reichskammergerichtlichen Verfahren, welch letztres freilich schon unter dem Einfluß des das römische Recht wesentlich modificirenden canonischen Rechts stand, gegen den abwesenden Beklagten verfügt wurde. Was hat die Aufhebung dieser missio in bona mit unserer missio in possessionem rei ruinosae zu thun? Aus der Aufhebung der einen Art der Immission folgt doch nicht auch die einer andern ihrem Character nach wesentlich davon verschiedenen. Und doch haben sich namentlich Aeltere, freilich nicht ohne Tadel[1]), dieser falschen Argumentation schuldig gemacht, hauptsächlich wohl verleitet durch die im canonischen Recht[2]) wie in den Reichsgesetzen vorkommende und auch in die Particulargesetze übergegangene mißbräuchliche Anwendung der Ausdrücke missio ex primo et ex secundo decreto[3]): indem diese Bezeichnung von der c. d. infecti herübergenommen und unter dem ersten Decret die Einweisung in die Güter des Beklagten, unter dem zweiten aber, welches in Wahrheit eine missio gar nicht ist, das den Verkauf gestattende Decret verstanden wurde, bezog man das von dieser sogenannten missio ex primo et ex se-

1) So Schilter (l. c. §. 38.) gegen Hahn und Grönewegen.
2) cap. ult. §. ult. X. ut lite non cont. 2. 6.
3) Vgl. dagegen insbesondere Böhmer Ius eccles. protest. II. tit. 15. §. 2. 8 ff.

cundo decreto gegen den abwesenden Beklagten Bestimmte auch auf die missio ex primo et secundo decreto damni infecti nomine — eine Identificirung, zu der man sich wohl um so mehr für berechtigt hielt, als man von der wiederum falschen Voraussetzung ausging, daß es sich in beiden Fällen gleichmäßig um eine Strafe des Ungehorsams, dort des nicht erscheinenden, hier des nicht cavirenden Beklagten handle. Sind nun auch Neuere von dem Vorwurf einer solchen Verwechselung mehr oder weniger freizusprechen, so eignen sie sich doch die lediglich auf derselben beruhende Ansicht an, indem sie die Aufhebung auch der missio damni infecti nomine behaupten. Nun wird aber die heutige Geltung mancher Immissionsfälle, z. B. ventris nomine, legatorum servandorum causa fast allgemein anerkannt, weshalb soll also wegen Beseitigung einer oder der andern Missionsart gerade die d. infecti nomine unpractisch geworden sein? Glück scheint dieses Bedenken gefühlt zu haben: nachdem er zuvor gesagt, daß die Immission überhaupt in Deutschland nicht mehr vorkomme, fährt er fort: „auch die missio d. infecti nomine ist nicht mehr im Gebrauch, denn die Caution wird jetzt zur Strafe des Ungehorsams für geleistet angenommen, also ein andrer Grund, der freilich, wie wir gesehen haben, um nichts besser ist als der erste. In etwas andrer Weise sucht Hesse[4]) die Ungiltigkeit unsrer Mission zu begründen. Er meint, es seien allerdings in Deutschland Immissionen in die Güter des Beklagten gebräuchlich gewesen, aber nicht als Einweisungen in ein specielles Grundstück, sondern als Einweisungen in die sämmtlichen Gü-

4) Rechtsverh. I. S. 180. a. E. 181.

ter des Beklagten zur Strafe des Ungehorsams, und diese seien durch den J. N. A. §. 36. aufgehoben; die missiones in possessionem ex primo et secundo decreto in der Weise, wie sie bei der c. d. infecti in Anwendung gekommen, hätten in Deutschland gar nicht Eingang gefunden. Hesse will also nicht durch Aufhebung der missio in bona auch die missio damni infecti nomine beseitigt sein lassen, sondern er behauptet, daß die letztere überhaupt in Deutschland nie recipirt worden sei und zu keiner Zeit Geltung gehabt habe. Den Beweis für diese Behauptung und die Angabe eines Grundes dafür, wie es gekommen, daß man an dem Institut der missiones als solchem keinen Anstoß genommen und gerade die später aufgehobenen missiones in bona unbedenklich recipirt, der missio d. infecti nomine gegenüber sich aber von vornherein ablehnend verhalten und das ganze Recht der Caution im Uebrigen mit allen Einzelheiten, jedoch gerade mit Ausschluß der Besitzeinweisungen aufgenommen habe, ist Hesse schuldig geblieben.

Es ist diese Behauptung um so hinfälliger als die missio gerade bei der cautio damni infecti ein so wesentliches materielles Stück des ganzen Instituts ist, daß ohne sie der Character desselben ein total anderer sein würde. Dieser Umstand, der merkwürdigerweise von Niemand beachtet wird, widerlegt nicht nur die Behauptung Hesses sowie aller derjenigen, welche die gänzliche Ungiltigkeit der missio annehmen, sondern spricht auch gegen die, welche zwar die missio nicht für absolut unzulässig, aber doch statt derselben auch andere Zwangsmittel gegen den Nichtcavirenden für anwendbar halten. Aus dem Wesen der missio d. infecti nomine

und dem Zusammenhang derselben mit dem Grundgedanken des Instituts folgt, daß, wenn überhaupt die c. d. infecti als anwendbar zu betrachten ist, auch die missio gelten muß und daß sie, abgesehen von gewissen Ausnahmefällen, die einzige Folge des Nichtcavirens sein kann[5]).

Die Grundanschauung des römischen Rechts, welcher das Rechtsgebilde der c. d. infecti seine Entstehung und weitere Ausbildung verdankt, ist die, daß leblose Gegenstände ebenso wie Sclaven und Thiere non ultra nos debent onerare quam ut noxae eas dedamus. Ist das baufällige Haus eingestürzt, so kann der Beschädigte, falls er sich nicht durch Caution vorgesehen hat, sich nur an die rudera halten, der Eigenthümer ist von jeder Ersatzpflicht frei, wenn er die rudera preisgiebt, wie er frei ist, wenn er das caput noxium dem Verletzten überläßt; droht das Gebäude den Einsturz, so ist der Eigenthümer zwar verpflichtet, den Ersatz des künftigen Schadens zu versprechen, aber er ist von dieser Verpflichtung frei, wenn er das Eigenthum an der schadendrohenden Sache aufgiebt. Es besteht nicht etwa eine einfache Verpflichtung zur Cautionsleistung, deren Erfüllung durch ein beliebiges Zwangsmittel erzwungen werden könnte, sondern der Eigenthümer steht vor der Alternative, entweder seiner Sache sich anzunehmen und zu caviren oder dies nicht zu thun und sie preiszugeben, aut cavere aut aedibus quas non defendit carere:

5) Die missio damni infecti nomine nimmt unter den missiones eine so eigenartige Stellung ein, daß selbst wenn alle übrigen Immissionen unpractisch wären, daraus durchaus noch nicht die Ungiltigkeit auch dieser Mission folgen würde.

nicht so, daß er etwa das Preisgeben des Eigenthums ausdrücklich erklären müßte, um die Cautions- und Ersatzpflicht von sich abzuwenden, sondern vielmehr so, daß es, wenn er nicht ausdrücklich cavirt, zum Verlust des Eigenthums kommt, wie wenn er derelinquirt hätte — ähnlich wie bei den Noxalklagen, wo der Beklagte auch nicht blos durch noxae datio die Verpflichtung zur defensio und zur Zahlung der litis aestimatio von sich ablehnt, sondern nur wegen Nichtübernahme dieser Pflicht sich dem Verlust seines Eigenthums infolge der ductio iussu praetoris aussetzt, und nur mit dem Unterschied, daß der Verlust des Eigenthums hier nicht wie bei den Noxalklagen sofort als Folge des non defendere, sondern erst nach einer Zwischenmaßregel, der missio ex primo decreto, eintritt, — einer Zwischenmaßregel, welche die Interessen beider Theile wahrt, indem sie ein Doppeltes bezweckt, einmal den Schutz des Bedrohten, der infolge derselben die Befugniß hat durch eigne Vornahme der Reparatur und Beseitigung des schadendrohenden Zustands sich gegen die Gefahr zu schützen und wegen der deshalb aufgewandten Kosten sowie wegen des nach dieser Besitzeinweisung entstehenden Schadens zunächst ein Retentionsrecht zu üben, sodann aber auch das Interesse des Beklagten, der nicht zur sofortigen Entscheidung gedrängt werden und die Möglichkeit durch nachträgliche Uebernahme der Verpflichtung den Verlust seines Rechts zu vermeiden behalten soll. Wenn man gegenüber der Behauptung, daß nach heutigem Recht auch ohne vorgängige Erwirkung eines Ersatzversprechens ein Anspruch auf Schadensersatz begründet sei, mit vollem Recht geltend macht, es sei das eine Abweichung von dem Grundgedanken des Instituts, so sollte man doch nicht verken-

nen, daß ein ebenso wesentlicher Fundamentalsatz wie der „ohne Caution kein Anspruch auf Ersatz" der andere ist: non ultra nos debent onerare quam ut noxae eas dedamus, und daß, da die Form, in welcher dieser Gedanke Ausdruck findet, eben die missio ist, in der Behauptung der Unzulässigkeit der missio eine nicht minder starke Abweichung von dem Grundwesen des ganzen Instituts liegt. Die missio d. infecti nomine ist ja, wie wir früher ausgeführt haben, keineswegs ein gewöhnliches Zwangsmittel zur Erfüllung einer Verbindlichkeit in dem Sinn, daß beliebige andere wirksamere Mittel gegen den renitenten Pflichtigen angewandt werden könnten, sondern sie ist nur Ausdruck des Gedankens, daß der Beklagte die Wahl zwischen Caution und Preisgeben seines Eigenthums hat, daß er nur, soweit er den Willen hat, sein Eigenthum zu behalten, zur Caution verpflichtet ist und daß, sobald er das Eigenthum aufzugeben bereit ist, seine Verpflichtung zur Cautionsleistung wegfällt: sie ist eine besondere Gestaltung des zweiten Glieds der Alternative, des aedibus carere, welches als vom Beklagten selbst gewollte oder als gewollt angenommene Folge des Nichtcavirens eintritt. So wenig die ductio bei Noxalklagen ein Zwangsmittel ist, um die Erfüllung einer selbständigen Pflicht zum defendere zu erzwingen, so wenig ist es die missio bei der c. d. infecti, und wie es Niemandem in den Sinn kommt, an der heutigen Giltigkeit der ductio zu zweifeln und etwa durch Strafbefehle auf die Uebernahme des iudicium zu wirken und ein iudicium susceptum zu fingiren, so wenig sollte man eine solche Behauptung in Bezug auf die c. d. infecti aufstellen.

Es ist hiernach die missio in der That ein so

wesentlicher Bestandtheil des ganzen Instituts, daß dasselbe seinen Character vollständig ändern würde, wenn sie fehlte. Denn was würde die Folge sein, wenn die missio heutzutag unpractisch wäre und an ihrer Stelle die Caution sofort als geleistet fingirt würde? Die alternative Verpflichtung des Beklagten aut cavere aut aedibus carere wäre in die einfache Verpflichtung zu caviren verwandelt, der Beklagte hätte gar keine Wahl: er muß caviren und Ersatz leisten, denn wenn er nicht freiwillig das Ersatzversprechen abgiebt, so wird dasselbe fingirt. Wozu dann überhaupt noch der ganze Umweg, daß erst durch besondres Decret dem Beklagten die Verpflichtung zur Caution aufgelegt wird, wozu das Leisten der Caution? Warum dann nicht einfach: wenn der Bedrohte vor Eintritt des Schadens seine Befürchtung und seine Absicht eventuell Ersatz zu fordern dem Eigenthümer zu erkennen gegeben hat, muß dieser Ersatz leisten? Nur bei einem vollständigen Verkennen des auf dem Grundgedanken einer blos alternativen Verpflichtung beruhenden Wesens der missio ist es möglich, keinen Anstoß an einem solchen das ganze Institut umgestaltenden Surrogat derselben zu nehmen. Und die meisten Vertheidiger der Ungiltigkeit der missio haben einen Anstoß nicht genommen: wird die Caution nicht geleistet, so wird sie als geleistet fingirt, von einer Möglichkeit für Beklagten, sich dieser Fiction durch Preisgeben seines Rechts zu entziehen, wird gar nicht gesprochen. Nur Sintenis[6]) macht eine Ausnahme. Er sagt: „weigert sich der in Anspruch Genommene der Cautionsbestellung, ohne das

6) A. a. O. §. 127. a. E. bei Anm. 59. und 60.

Gebäude zu derelinquiren, so wird durch richterlichen Ausspruch erklärt, daß die Caution für bestellt zu erachten sei, worauf dieselben Folgen eintreten als wäre sie wirklich bestellt". Sintenis erkennt also doch wenigstens die Möglichkeit des Freiwerdens durch Dereliction an. Aber dennoch enthält auch diese Ansicht eine fundamentale Aenderung und Umgestaltung des ganzen Instituts. Während im römischen Recht der Satz gilt: cave aut care, nimm dich deines Eigenthums durch Cautionsleistung an, sonst wirst du so behandelt als ob du dasselbe derelinquiren wolltest, würde nach der Auffassung von Sintenis der Satz sich umkehren: derelinquire und erkläre dies ausdrücklich, sonst wirst du als cavirend behandelt; der Beklagte müßte sich sofort, wenn der Bedrohte mit dem Verlangen der Cautionsleistung auftritt, entscheiden, ob er sein Grundstück noxae dare oder ob er caviren will, falls er nicht als cavirend behandelt sein will, oder, da ja das Caviren ganz überflüssig ist, er müßte sich sofort entscheiden, ob er die Dereliction erklären oder künftig Ersatz leisten will; die Zwischenmaßregel der missio ex primo decreto, die für die Interessen beider Theile sorgt, dem Bedrohten die sofortige Möglichkeit durch Beseitigung des gefahrdrohenden Zustands auf Kosten des Gegners sich zu schützen giebt und dem Beklagten noch Zeit zur Ueberlegung läßt, wäre ganz aufgehoben. Und wenn der Beklagte abwesend ist? Nach römischem Recht findet hier die missio statt, deren Wirkung der zurückgekehrte Eigenthümer wieder beseitigen kann, nach der Ansicht von Sintenis aber würde der Beklagte hier eine Wahl zwischen Verlust seines Rechts und Cautionsleistung gar nicht haben, denn da er als Abwesender eine Derelictionserklärung nicht

abgeben kann, so würde er eben als cavirend behandelt[7]). Das wäre aber im höchsten Grad hart. Denn man kann wohl von Einem, der sich um sein Eigenthum nicht kümmert, annehmen, daß er es derelinquire und ihn deshalb als derelinquirend behandeln, hingegen den Eigenthümer wegen seines sich nicht Kümmerns so behandeln als ob er sich doch darum kümmere und die Vertretung seiner Sache übernehme und ihn demgemäß als cavirend betrachten, ist durchaus ungerechtfertigt. In der actio in factum fictitia des römischen Rechts (l. 4. §. 2. D.

7) Man kann auch nicht etwa sagen, daß, wie nach römischem Recht der dominus reversus im Weg der Restitution das Recht zur nachträglichen Cautionsleistung erhält, wodurch er den Verlust des Eigenthums rückgängig machen kann, so jetzt ihm durch Restitution das Recht zur nachträglichen Dereliction gegeben werde, wodurch er die Verbindlichkeit zur Ersatzleistung wieder beseitige. Dadurch wäre zwar für den Cautionspflichtigen, nicht aber für den Cautionsberechtigten genügend gesorgt. Nach römischem Recht ist Letzterer, auch wenn dem Gegner durch Restitution das Recht zur nachträglichen Cautionsleistung eingeräumt wird, vollständig gedeckt, indem er ja dann vollen Ersatz erhält — nach der für das heutige Recht behaupteten Gestaltung würde das aber nicht der Fall sein: die Fiction der Cautionsleistung, der Anspruch auf Ersatz hört auf, wenn der Gegner von dem durch die Restitution ihm gewährten Recht der Dereliction Gebrauch macht, und der Cautionsberechtigte erhält jetzt nur das Eigenthum an dem Grundstück, dessen Werth, wenn der Gegner die Dereliction vorzieht, gewiß geringer ist als der Betrag des den Berechtigten treffenden Schadens, zu dessen Abwendung derselbe vielleicht gar nicht mehr im Stand gewesen ist.

43. 4.) kommt der ganz richtige Gedanke zum Ausdruck, daß der nichtcavirende Cautionspflichtige nur dann als cavirend fingirt wird, wenn er der Folge seines Nichtcavirens, der missio in possessionem, sich widersetzt und dadurch zu erkennen giebt, daß er trotz seines Nichtcavirens nicht den Willen hat, sein Eigenthum preiszugeben. Auch im Fall des bloßen sich passiv Verhaltens die Fiction der Cautionsleistung eintreten lassen heißt nichts andres, als den Grundgedanken des Instituts, nach welchem die Cautions- und Ersatzpflicht durch den positiven Willen das Eigenthum an der schadendrohenden Sache zu behaupten bedingt ist, preisgeben. Bei der Annahme, daß die actio in factum fictitia das heutzutag allgemein geltende Surrogat der missio in possessionem sei, wird, mag man dabei die Dereliction noch als zulässig ansehen oder nicht, der ganze Character des Instituts der cautio damni infecti geändert und für die Annahme einer solchen fundamentalen Aenderung fehlt es wenigstens für das gemeine Recht an jedem Anhalt und jeder Berechtigung.

Auf der gleichen falschen Voraussetzung wie die eben besprochene Ansicht — als ob nämlich die missio in possessionem lediglich ein gewöhnliches Zwangsmittel zur Erfüllung einer einfachen Verpflichtung sei, welches durch beliebige andere Zwangsmittel ersetzt werden könne — beruht auch die andere Ansicht, nach welcher, sei es neben der actio in factum sei es statt derselben, gegen den Nichtcavirenden mit Strafbefehlen vorgegangen werden soll. Dieselbe führt zu einem noch bedenklicheren Resultat als die erste, denn nach ihr wird nicht blos dem Beklagten die Möglichkeit des Freiwerdens von der Cautionsverpflichtung durch Preisgeben des Eigenthums

genommen, sondern es fehlt hier auch dem Bedrohten an dem genügenden Schutz, da die Strafauflagen ihn in keiner Weise sichern, wenn der Schaden eintritt, bevor dieselben ihren Zweck, die Cautionsleistung herbeizuführen, erreicht haben. Das Gleiche gilt von dem Zwangsmittel, welches Manche alternativ neben jenem für zulässig halten und welches Dernburg als directes Vorgehen der Obrigkeit bezeichnet, daß nämlich im Fall der Weigerung die decretirte Caution zu leisten die Obrigkeit entweder selbst die Bauten reparirt und die Kosten executivisch beitreibt oder im Fall der Insolvenz das baufällige Haus verkauft und dem Käufer die Pflicht zur Reparatur auflegt: auch hier hat der Beklagte keine Wahl und der Bedrohte bei Eintritt des Schadens vor der Reparatur keinen Schutz; dazu kommt noch, daß ein solches Verfahren zwar sehr wohl dann paßt, wenn es sich um die Erzwingung der Erfüllung einer Verpflichtung zur Reparatur handelt, nicht aber da, wo die Erfüllung der Cautionspflicht in Frage steht: man läßt den Beklagten zur Cautionsleistung verurtheilen und geht bei Nichterfüllung des Urtheils gegen ihn vor, wie wenn er zur Reparatur verurtheilt wäre!

Was will gegenüber all diesen Gründen, welche für die heutige Giltigkeit und Anwendbarkeit der missio in possessionem sprechen, der Umstand besagen, daß die missio heutzutag selten vorkommt? Dieser Umstand erklärt sich sehr einfach und natürlich. Ein Eigenthümer, der vor der Alternative steht, entweder dem Bedrohten das Versprechen künftiger Schadloshaltung, dessen Consequenz er durch Beseitigung des gefahrdrohenden Zustands abwenden kann, zu leisten, oder dem Bedrohten die eigene Vornahme der erforderlichen Sicherungsmaß-

regeln zu gestatten und bei anhaltender Hartnäckigkeit sogar sein Eigenthum zu verlieren, wird sich selten für etwas anderes als die erste Alternative entscheiden. Das würde nicht weniger auch dann der Fall sein, wenn ein Gesetz ausdrücklich die missio als noch practisch anerkennen würde: aus dem seltenen Vorkommen der missio kann man mithin nicht den Schluß ziehen, daß sie unpractisch geworden sei. — Auch die Erwägung, mit der man etwa die heutige Ungiltigkeit der missio zu motiviren geneigt sein könnte und die Dernburg, der die missio für gemeinrechtlich nicht abolirt ansieht, wenigstens dafür, daß sie in der Praxis wenig im Gebrauch ist, geltend macht, kann als gerechtfertigt nicht anerkannt werden, die Erwägung nämlich, „daß das in der missio so stark pronoucirte Element der Eigenmacht, der organisirten Selbsthilfe uns anstößig sei und das der missio zu Grund liegende System des indirecten Zwangs uns nur noch als eine ungerechtfertigte Weitläufigkeit erscheine". Daß die missio etwas anderes ist als ein bloses indirectes Zwangsmittel, braucht nicht wiederholt zu werden, damit fällt aber auch das angeblich Anstößige derselben. Man formulire nur den römischen Gedanken etwas anders. Man wähle statt des Satzes: gegen den Nichtcavirenden wird die missio ex primo et ex secundo decreto verfügt, die Fassung: der Eigenthümer, der überhaupt den Willen hat das Eigenthum zu behalten, muß auf Verlangen des durch den schadhaften Zustand der Sache Bedrohten versprechen, Ersatz des aus diesem Zustand erwachsenden Schadens zu leisten; kommt er dem diese Sicherheitsleistung ihm auferlegenden Decret nicht nach, so kann, da alsdann anzunehmen ist, daß er sein Eigenthum nicht behaupten wolle, der Bedrohte vom Gericht

die Uebertragung des Eigenthums an der schadendrohenden Sache verlangen, jedoch soll dieser definitiven Uebertragung des Eigenthums erst ein Provisorium vorausgehen: der Bedrohte erhält zunächst, mit der Befugniß selbst soweit Aenderungen vorzunehmen als es zu seiner Sicherung erforderlich ist, nur den factischen Besitz, aus dem er nicht eher zu weichen braucht als bis ihm für die aufgewandten Kosten und den etwa eingetretenen Schaden Ersatz geleistet ist, dieses factische Behalten verwandelt sich aber in ein rechtliches, wenn er innerhalb einer gewissen Zeit wegen seiner Ansprüche nicht befriedigt wird. — Ich glaube nicht, daß eine derartige Rechtsbildung unsern heutigen Anschauungen als so fremdartig und anstößig erscheint, daß man ihr deshalb die practische Geltung versagen dürfte. Aber auch de lege ferenda muß, meine ich, dem römischen Verfahren der Vorzug gegeben werden, falls man nicht — was gewiß nicht zu empfehlen ist — das Princip aufstellen will, daß der Eigenthümer für den durch seine Sachen gestifteten Schaden unbedingt ersatzpflichtig sei. Daß unter Umständen von dem Bedrohten die Hilfe der Polizei angerufen und direct Beseitigung des gefahrdrohenden Zustands gefordert werden kann, ist, wie auch das römische Recht zeigt, ein Satz, durch welchen der Bestand jenes privatrechtlichen Schutzmittels nicht berührt, dasselbe nicht überflüssig gemacht wird.

53. Ist sonach das Institut der cautio damni infecti im Ganzen, mitsammt den missiones in possessionem, als gemeinrechtlich noch practisch geltend anzuerkennen, so erübrigt nur noch die Frage, ob nicht in

Bezug auf einzelne Punkte das römische Recht in dieser Lehre heutzutag Aenderungen erfahren hat. Hinsichtlich einer Reihe von Bestimmungen unterliegt das keinem Zweifel. Die rein processualischen Vorschriften des römischen Rechts, die Bestimmungen über das Verfahren beim Gesuch um Leistung der Caution, über die Behörde, bei der dasselbe anzubringen und zu verhandeln ist, sind, wie nicht weiter ausgeführt zu werden braucht, antiquirt. Heutzutag wird der Antrag in der Form einer gewöhnlichen Klage vor dem ordentlichen Gericht erhoben und in gewöhnlicher Weise im ordentlichen oder summarischen Proceß verhandelt, das Urtheil spricht, wenn der Anspruch als rechtlich begründet befunden wird und vom Kläger das iuramentum calumniae geschworen ist, die Verpflichtung des Beklagten zur Leistung der geforderten Caution aus und es erfolgt, wenn weder der Beklagte noch ein Andrer für ihn den Ersatz des künftigen Schadens verspricht, die Besitzeinweisung des Klägers. Ebenso ist natürlich die Form der stipulatio gefallen.

Nur ein Punkt bedarf noch einer näheren Betrachtung. Nach l. 15. §. 20. und l. 24. pr. h. t. ist wegen eines opus in publico die Forderung der c. d. infecti dann unzulässig, *si publice opus fit*, also wenn die auf einem locus publicus unternommene schadendrohende Anlage nicht von einem Privaten, sondern von einer öffentlichen Behörde ausgeht. Gilt diese Bestimmung auch im heutigen Recht? Manche Schriftsteller und Gerichtshöfe haben die heutige Geltung des römischen Rechts auch in diesem Punkt behauptet[8]), indem

8) Schilter Praxis iur. rom. Exerc. 42. in den Ad-

sie hauptsächlich von der Erwägung ausgehen, daß das Privateigenthum öffentlichen Werken und Anlagen gegenüber im Interesse des allgemeinen Wohls gesetzlich beschränkt sei, bezüglich daß der Anlieger sich zwar der öffentlichen Orte infolge des usus communis bedienen könne, daß er aber dadurch kein Privatrecht erwerbe und eine anderweite Normirung dieses usus, selbst wenn der Einzelne dadurch einen Nachtheil erleide, der Obrigkeit unbenommen sei, ohne daß der Beeinträchtigte eine privatrechtliche Klage deshalb habe. Man nimmt daher z. B. an, daß, wenn im öffentlichen Interesse ein Weg angelegt oder von Staatswegen eine Eisenbahn gebaut sei, der Eigenthümer eines Hauses, welches infolge dieser Anlagen einzustürzen droht, mit dem Anspruch auf Sicherheitsleistung wegen drohenden Schadens ausgeschlossen sei. Diese Ansicht ist sicherlich falsch. Der Standpunkt des römischen Rechts ist keineswegs, wie dieselbe voraussetzt, der, daß der Private sich eine Beeinträchtigung seines Rechts ohne Entschädigung gefallen lassen muß, blos deshalb, weil sie durch ein im öffentlichen Interesse unternommenes opus herbeigeführt ist: sonst würde ja auch gegen den Privaten, der im öffentlichen Interesse ein derartiges opus macht, z. B. einen öffentlichen Weg reparirt, die Forderung der Caution unstatthaft sein[9]).

denda ad T. D. 39. 2. Heuser Annalen der Justiz u. Verw. XX. Heft 2. S. 165. Strippelmann Neue Sammlung u. s. w. V. No. 15. Seuffert Arch. XXIV. 37.

9) Wenn speciell das O.A.G. zu Kassel bei Strippel-

Der Grund des Ausschlusses der Caution in dem Fall, si opus publice fit, ist vielmehr die Unzulässigkeit des Rechtswegs gegenüber dem Staat und seinen Behörden, und dieser Grund schloß die Forderung der Caution keineswegs blos bei solchen Werken aus, die im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt unternommen waren: der Princeps, der Staat kann nach römischem Recht nicht vor Gericht gezogen werden. Daß aber darum das römische Recht nicht von dem Grundsatz ausgeht, es könne, selbst wenn es im Interesse der publica utilitas geschieht, von Seiten des Staats willkürlich und ohne Entschädigung in die Rechte der Privaten eingegriffen werden da, wo dies einer Privatperson verboten oder nur gegen vorgängige cautio damni infecti gestattet ist, ergiebt sich, abgesehen von andern Quellenzeugnissen[10]), zur Genüge schon aus den beiden die c. d. infecti wegen eines opus in publico, quod publice fit,

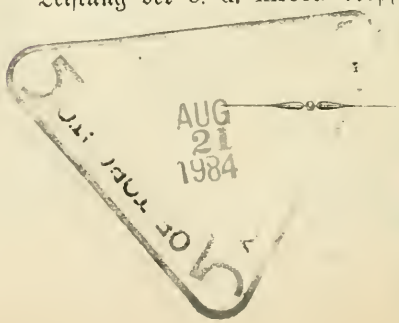
mann a. a. O. die Unzulässigkeit der Caution im Fall eines von Seiten der Behörde im öffentlichen Interesse unternommenen tam alte fodire darauf stützt, daß der Bedrohte dadurch, daß ihm bisher der öffentliche Boden zur Stütze seines Hauses diente, kein Recht erworben und daher auch wegen der Entziehung dieses Bodens keine privatrechtliche Klage habe, so ist dagegen zu bemerken, daß ja dann ganz dasselbe gelten müßte, wenn auf einem Privatgrundstück vom Eigenthümer gegraben und dadurch der Einsturz des Nachbarhauses herbeigeführt wird: hier ist aber unzweifelfelhaft der Anspruch auf c. d. infecti begründet.

10) Vgl. z. B. l. 2. §. 10. 16. ne quid in loco publ. 43. 8.

für unzulässig erklärenden Stellen, nach welchen eine solche öffentliche Anlage so eingerichtet werden soll, daß dem Privaten kein Nachtheil zugefügt werde, und dem Beeinträchtigten das Recht der Beschwerde bei der höhern Verwaltungsbehörde zugestanden wird, was doch nur unter der Voraussetzung einen Sinn hat, daß der vom Privaten um Abhilfe angegangene princeps oder praeses provinciae Abhilfe gewähren wird. Der zu Grund liegende materielle Rechtssatz ist also doch immer der, daß der Private durch Vorrichtungen in loco publico, selbst solche, die durch die Rücksicht auf das allgemeine Wohl geboten sind, nicht beschädigt werden soll. Ist aber der wahre Grund der Unzulässigkeit der c. d. infecti wegen eines von Staatswegen unternommenen opus in publico nicht ein privatrechtliches Privilegium des Fiscus, sondern lediglich die Unstatthaftigkeit des Rechtswegs, so kann auch jener Satz für das heutige Recht nicht mehr Geltung haben. Denn die Stellung des Staats ist heutzutag eine wesentlich andere. Es ist jetzt unzweifelhaft feststehendes Princip, daß der Fiscus in dieser Beziehung den Privaten gleichsteht und daß er diesen gegenüber vor den ordentlichen Gerichten Recht zu nehmen hat. In den Fällen also, wo einem Privaten gegenüber wirksam die c. d. infecti gefordert werden kann, vermag auch der Staat der Cautionspflicht sich nicht zu entziehen, Gründe des gemeinen Wohls können wohl erheischen, daß eine den Einzelnen schädigende Anlage dennoch vorgenommen und nicht wegen des für den Einzelnen dadurch herbeigeführten Nachtheils unterlassen oder beseitigt wird; daß aber der Einzelne eine solche Verletzung seines Interesses ohne Entschädigung — und nur um Entschädigung handelt es sich bei der cau-

tio damni infecti — ertrage, kann als eine Forderung der publica utilitas nicht anerkannt werden[11]).

11) Vgl. über diese Frage Zimmermann Ztschr. f. Civilrecht u. Proc. N. F. XII. S. 96 ff. Hesse Rechtsverh. I. S. 99. II. S. 131 ff. Seuffert XXII. 144. Urtheil des O.A.G. Dresden bei Hesse Rechtsverh. I. S. 320 ff. Schäffer Pract. Archiv II. S. 300 ff. Seuffert VII. 184. — Die Frage, inwiefern dem durch Vornahme eines opus in publico von Seiten einer öffentlichen Behörde verletzten Privaten ein rechtlicher Anspruch zu Gebote steht, ist eine über die Grenzen des Gebiets der cautio damni infecti sich weit hinaus erstreckende. Man kann z. B. darüber zweifeln, ob dem Eigenthümer des an einer öffentlichen Straße liegenden Hauses wegen der Verlegung und Veränderung der Straße ein Rechtsmittel auf Unterlassung dieses opus oder auf Entschädigung zusteht, ob der Vortheil, den er neben dem usus publicus speciell für sein Haus hat, als ein selbständiges Sonderrecht anzusehen ist, und eventuell welches Rechtsmittel hier für anwendbar gehalten werden soll. Was aber die c. d. infecti betrifft, welche die Verletzung der Substanz eines Grundstücks durch ein formellrechtlich erlaubtes Verhalten des Gegners zur Voraussetzung hat, so kann es einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen, daß, nachdem das Princip der Unzulässigkeit des Rechtswegs gegen den Staat weggefallen, wegen eines derartigen Verhaltens auch der Staat zur Leistung der c. d. infecti verpflichtet ist.


AUG 21 1984
697

BINDING SECT. MAR 27 1986

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 11 13 24 11 011 3